

**RENTA INICIAL Y RENTA ACTUALIZADA COMO BASES
DEL COMPUTO DE LAS SUCESIVAS REVISIONES
DE LA RENTA URBANA**

**(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 25 de noviembre de 1987)**

SUMARIO: 1. El caso de autos y las decisiones judiciales. 2. La depreciación de la moneda y sus efectos jurídicos. 3. La operatividad para la aplicación del índice de revisión sobre la renta.

**1. EL CASO DE AUTOS
Y LAS DECISIONES JUDICIALES**

El arrendador de un local de negocio pacta con el arrendatario una cláusula de estabilización de la renta para cada nuevo bienio en un contrato celebrado el año 1980.

Mientras el Juzgado de Primera Instancia decide que la actualización de la renta se haga siempre con arreglo a la renta inicialmente pactada en el contrato, la Audiencia revoca este fallo y considera que debe hacerse sobre la última renta y actualizada. El Tribunal Supremo confirmará la decisión de la Audiencia, por lo que desestimaré el recurso de casación de la parte demandada en base a los siguientes fundamentos de derecho: «El motivo 1.º, con base en el artículo 1.696-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el motivo 3.º, apoyado en el número 5.º del citado artículo, por infracción del artículo 1.281 del Código civil, tienen, pese a la diversidad de su curso, una finalidad común, que es la de acreditar un error en la apreciación de la prueba o bien una mala interpretación de la relación contractual, que han llevado al Juzgador de instancia a desconocer que la renta contractual pactada (30.000 pesetas al mes) es la de servir de soporte de revisión bienal según los índices oficiales del Instituto Nacional de Estadística, sin que se tome como base la renta que resulta de la revisión anterior. Ambos motivos deben de ser rechazados porque, la actual doctrina jurisprudencial, con el propósito de mantener la equivalencia y proporcionalidad de las prestaciones, en vista de la depreciación progresiva de la moneda, mantiene que la revisión ha de operar sobre la renta pactada, la primera vez y sobre la actualizada en las sucesivas (sentencias de esta Sala de 13 de mayo de 1986 y 27 de enero de 1987, como más recientes)».

Además, «el arrendador, por medio de su abogado, dirigió una carta (20-10-1983) a la arrendataria en la que anuncia que, a partir del siguiente día, le aplicará la renta resultante de la fluctuación que, en su día, señale el Instituto Nacional de Estadística para el bienio que finalizaba el día de la fecha de la carta, sin señalar cantidad concreta, carta que no tuvo respuesta de la arrendataria. Esta comunicación fue complementada por requerimiento notarial de 16-8-1984, cuando el arrendador ya conocía el incremento aplicable del 27,70 por 100, señalando la concreta cuantía de la variación. Ante estos hechos, debe deducirse que la conducta del arrendador es correcta, pues, en notificación no sometida a especiales formalidades, hizo saber su propósito de aplicar la revisión que resultase de los índices de referencia de la cláusula de estabilización, que habría de tener vigencia, para el próximo período y su efectiva aplicación cuando el índice aplicable al período anterior fue conocido, no entraña una efectividad retroactiva, sino ajustada al período contractual previsto por la cláusula de estabilización y totalmente acorde con los fines de la cláusula, que es el de variar la cuantía de la renta, para conservar el equilibrio de las prestaciones recíprocas, en cada período, según resulte de la variación del valor del dinero en el período consumado. Si el aumento, cuando sea conocido el índice, no comprende el período contemplado, se incumplirían los términos de lo pactado, trasladándose la aplicación de la cláusula a tiempo diferente al previsto con una incertidumbre impropia del plazo».

Esta sentencia viene a confirmar una postura interpretativa, plenamente consolidada, de considerar que la revisión ha de operar sobre la renta actualizada (sentencias de 22 de junio de 1984, 13 de mayo de 1986, 27 de enero de 1987), a excepción de que las partes hayan querido expresamente que la revisión de la renta se haga sobre la cuantía concreta de la renta inicial para los sucesivos períodos en que deba de actualizarse (sentencia de 30 de enero de 1981).

Por su lado, los autores (1) mantuvieron posturas diversas en cuanto a este aspecto, que fue muy discutido, en los casos en que no constase lo suficientemente delimitada la voluntad de las partes respecto al modo operativo de llevar a cabo las actualizaciones posteriores de la renta, si sobre la inicial o la últimamen-

(1) Cfr. TRUÁN DE PINEDA, R.: *Las cláusulas de estabilización de los contratos de arrendamiento de fincas urbanas*, en «Boletín Informativo de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Valencia», 351 (abril 1982), pp. 6 y ss.; BONET CORREA, J.: *El pacto de actualización de la renta de un local de negocio: su aumento no acumulativo* (comentario a la S.T.S. de 30 de enero de 1981), en *Anuario de Derecho Civil XXXV-1* (1982), pp. 224 y ss.; HUALDE SÁNCHEZ, J. J.: *Arrendamientos urbanos de local de negocio. Interpretación del pacto de revisión de renta: cláusula de estabilización. Aumento acumulativo de la renta* (Comentario a la S.T.S. de 22 de junio de 1984) en «Colección Civitas de Jurisprudencia Civil», 6 (1984), pp. 1893 y ss.; FUENTES LASTRES: «Actualización de rentas, en Administración Rústica y Urbana», 52 (abril-junio 1984, p. 28; BONET CORREA, J.: *La actualización de la renta urbana sobre la renta obtenida de las revisiones precedentes y no en base a la inicial* (comentario a la S.T.S. de 22 de junio de 1984), en «Anuario de Derecho Civil», XXXVIII-2 (1985), pp. 459 y ss.; MANZANARES SECADES, A.: *Algunas cuestiones sobre las cláusulas de revisión de renta en los arrendamientos urbanos* (comentario a la S.T.S. de 13 de mayo de 1986), en «Anuario de Derecho Civil», XL-1 (1987), pp. 473 y ss.; BONET CORREA, J.: *La novación modificativa del objeto o renta en la contratación arrendataria urbana y las cláusulas de estabilización (en torno a la S.T.S. de 13 de mayo de 1986)*, en «Revista General de Derecho», 513 (junio 1987), pp. 3081 y ss.

te revisada. El argumento fundamental para entender que las partes, al querer actualizar la renta, lo hacían como consecuencia de la depreciación progresiva de la moneda, era evitar la quiebra de la equivalencia de sus prestaciones; por tanto, la operación de estabilización había que llevarse a cabo sobre la renta ya actualizada. Esta conclusión, de nuevo confirmada por la presente sentencia, además de destacar su causa principal, como es la alteración del valor del dinero, resuelve el modo operativo de aplicación de los índices dentro del período contractual previsto por la cláusula estabilizadora, sin que ello entrañe una efectividad retroactiva.

2. LA DEPRECIACION DE LA MONEDA Y SUS EFECTOS JURIDICOS

Desde que la peseta, como unidad de medida del sistema monetario español, hizo su aparición en el último tercio del siglo pasado, su derrotero hasta nuestros días ha constituido una progresiva depreciación; si el Real Decreto de 19 de octubre de 1868 estableció que la peseta de plata tenía cinco gramos de peso y su ley era de 835 milésimas, a los noventa años, el Decreto-Ley de 4 de julio de 1958, que aún fijaba la paridad de la peseta, lo hacía en razón de 0,0148112 gramos de oro fino por peseta, con lo que aquella peseta inicial equivalía ya a 19,60 pesetas. En los treinta años transcurridos hasta hoy la peseta ha seguido una línea constante de devaluación y depreciación debido a la base fiduciaria de su actual sistema monetario, al carecer del respaldo de los metales nobles (oro y plata).

Esta progresiva alteración de la moneda española ha tenido, y tiene, una honda repercusión en el ámbito jurídico patrimonial, sobre todo dentro de la contratación a largo plazo y en la de tracto sucesivo, debido a que el pago de las deudas de dinero se basa en el principio nominalista, el cual, si bien enuncia la igualdad constante de la moneda («peseta igual a peseta»), no obstante, resulta vulnerado por los propios gobernantes y por los gobernados. Aunque la moneda permanece exacta en cuanto a su atribución cuantitativa, por el contrario, no le sucede así en cuanto a su frágil igualdad valorativa; la naturaleza abstracta y permanente de la primera contrasta con la convencional o de autoridad de la segunda, donde los hombres dejan de mantener los compromisos de identidad de valor prometidos. El acoso que le provocan las alteraciones dinerarias concluye por poner en crisis su principio nominalista, destruyendo aquella igualdad valorativa enunciada y defraudando a quienes confiaron en la misma a la hora de obtener su equivalente pecunario; la moneda como unidad de medida es siempre un número fijo, pero no lo es su valor, porque se cambia o altera, perdiendo su igualdad cualitativa o poder adquisitivo.

Al aceptarse el principio nominalista como regla general que mantiene tanto la igualdad cuantitativa como la cualitativa del dinero en el ámbito de las relaciones patrimoniales, en base a la fiducia o confianza que los usuarios depositan en el poder público que lo emite, así como por la seguridad y fijeza que se necesita para poseer una eficacia como medio de pago, es por lo que es suficiente para las partes que pacten el pago de una deuda monetaria simplemente por la determinación de su cuantía, para que se considere como una simple obligación de suma o cantidad (nombrada comúnmente por la doctrina como deuda pecuniaria), mediante la cual, al deudor le basta para cumplir o pagar esta obligación

la entrega de aquella misma suma o cantidad prometida. Al mantener el principio nominalista una igualdad de valor de la moneda de curso legal, en principio, las alteraciones leves fueron consideradas como un riesgo inherente a dicha moneda, algo propio que respondía a una cierta versatilidad del ámbito económico, que el deudor tenía que asumir.

Ahora bien, cuando ese mundo económico deja de ser racional y se vuelve egoísta, irracional e irresponsable, mediante guerras y manipulaciones, los principios y reglas establecidos, al igual que sus símbolos, como el dinero, se quiebran y dejan de ser aquella expresión tan equilibrada y exacta como unidad de valor del ámbito patrimonial, convirtiéndose en medida engañosa y dañina, al venir alterado el valor de sus monedas, por lo que deja de ser el instrumento de cambio equivalente y el medio de pago proporcional y satisfactorio; con ello se producen unos inusitados efectos, tanto macro-económicos respecto de una justicia distributiva como casuísticos dentro de las relaciones privadas y de su justicia conmutativa.

Este panorama de las alteraciones monetarias es el que queda reflejado en las diversas relaciones jurídicas de tracto sucesivo, vueltas conflictivas, sobre todo para los acreedores, tal como aparece en estas últimas décadas ante el Tribunal Supremo, donde se advierte el daño y la injusticia que implican, según se viene a declarar en la presente sentencia: «La actual doctrina jurisprudencial, con el propósito de mantener la equivalencia y proporcionalidad de las prestaciones, en vista de la depreciación progresiva de la moneda, mantiene que la revisión ha de operar sobre la renta pactada, la primera vez y sobre la actualizada en las sucesivas. Con lo cual se viene a conseguir un concreto equilibrio de dichas prestaciones recíprocas “al aplicar la revisión que resultare de los índices de referencia de la cláusula de estabilización”».

3. LA OPERATIVIDAD PARA LA APLICACIÓN DEL INDICE DE REVISION SOBRE LA RENTA

El índice de revisión a la renta pactada lo eligen las partes contratantes según entienden que sea el que mejor refleje las alteraciones del poder adquisitivo de la moneda de curso legal. Este poder adquisitivo de la moneda resulta de una serie compleja de valores y precios dentro de la economía de un país, incluso en su conexión con otros países. De aquí que, la elección de las partes de un índice sectorial determinado, puede no reflejar el poder adquisitivo de la moneda, por ser coyuntural, especulativo y parcial.

La doctrina jurídica francesa (2), al momento de tener que razonar los criterios de proporcionalidad, equidad y validez de un índice concreto aplicable a un contrato, como el de arrendamiento urbano, ha enjuiciado que para una co-

(2) Cfr. LEVY, J. Ph.: *Note: Nullité d'une clause d'indexation*. *Trib. grand. inst. Le Mans*, 1.º mars 1983, en «*Juris Periodique*», 1983. II. 19991; LAFOURCADE, J.: *Pour un renouveau des obligations indexées*, en «*Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*», XXXVI (1983), pp. 9 y ss.; LEVY, J. Ph.: *Note Civil 1.º, 15 juin 1983: Indexation sur le cours d'une monnaie étrangère, paiement international; validité*, en «*Juris Classeur Periodique*», 1984. II. 20123; CHAUVEL, *Indexation et baux commerciaux*, en «*Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*», 3 (1986), pp. 359 y ss.

rrecta estabilización de la renta ha de guardar una especial relación con este ámbito inmobiliario, como pueden ser los índices de precios del metro cuadrado construido, de los salarios del sector, de la actividad que se desenvuelva en el local, etc.

En nuestro ámbito jurisprudencial se han visto admitidos como válidos los índices correspondientes a la «marcha del negocio» (sentencia de 16 de octubre de 1956), el «jornal de un operario» (sentencias de 30 de octubre de 1964, 25 de enero y 26 de diciembre de 1973), el «metro cuadrado de construcción» (sentencia de 20 de noviembre de 1972) o el «valor de incremento de los terrenos» (sentencia de 22 de junio de 1983). En cambio, se han considerado nulos los que se basaban en el «valor pan» (sentencias de 13 de noviembre de 1954 y 25 de enero de 1955), en las «horas trabajo» (sentencias de 3 de marzo y 1 de abril de 1965), en el «salario mínimo» (sentencias de 2 de diciembre de 1977 y 20 de noviembre de 1980) (3) o «precios al por mayor» (sentencia de 9 de febrero de 1974).

Ante la diversa suerte que puede correr la elección de uno u otro índice de valor por los tribunales y con objeto de reflejar la mayor proporcionalidad entre un índice económico y el poder adquisitivo de la moneda se han venido elaborando por organismos competentes, como el Instituto Nacional de Estadística, unos índices de coyuntura referidos al «coste del nivel de vida», al «índice de precios al consumo» e, incluso, concretamente el de «viviendas en alquiler», los cuales, al reflejar su mayor idoneidad y adecuación con el poder adquisitivo del dinero, son admitidos congruentemente y sancionados válidamente por nuestra jurisprudencia para actualizar la renta.

Las partes pactarán el índice económico para la revisión de la renta según adviertan la cadencia de alteración del poder adquisitivo de la moneda —un año, dos, tres, etc.—. Por tratarse de una obligación de tracto sucesivo, el precio o renta ha de operar una novación en cuanto a la determinación de su cuantía, puesto que la inicialmente pactada deberá resultar nuevamente fijada para el período de vigencia posterior: la suma o cantidad así obtenida es la que, posteriormente, volverá a novarse mediante la adecuación al vigente índice de valor, ya que, en cada revisión sucesiva, aquella deuda de suma, las partes, mediante su pacto inicial, la han transformado en una deuda de valor para cada período sucesivo.

El proceso acumulativo o de disminución que pueda producirse en el tiempo es proporcional con el del poder adquisitivo en alza o en baja de la moneda, su inflación o deflación. De ahí que el Tribunal Supremo estime que «al paso de cada año sucesivo, la renta se adecuará al índice general del coste de la vida, de forma que toda variación que experimente el mismo corresponda otra variación proporcional de la renta», puesto que, «a todas luces lo pretendido no es otra cosa que mantener la equivalencia entre la renta pactada y las incidencias del coste de la vida durante toda la duración del contrato» y «la consiguiente

(3) Por el contrario, la sentencia de 9 de marzo de 1987 declara la validez de la cláusula de actualización basada en el índice del «salario mínimo interprofesional», cfr. ROJO AJURIA, L.: *Arrendamiento de local de negocio; cláusula de estabilización; salario mínimo interprofesional; petición de nulidad; interpretación del R.D.L. de 30 de abril de 1985. Comentario a la S.T.S. de 9 de marzo de 1987*, en «Comentarios Civitas de Jurisprudencia Civil», 13 (enero-marzo de 1987), pp. 4413 y ss.

obligación de ajustar la renta a las variaciones resultantes de la aplicación de tal cláusula, aplicable en cada ocasión sobre la renta obtenida de la aplicación de las variaciones precedentes» (sentencia de 22 de junio de 1984). Esta misma operatividad viene confirmada por la sentencia de 13 de mayo de 1986, al expresar que «para cada incremento ha de tomarse en cuenta como básico el resultado de la variación precedente y no la inicialmente pactada», porque «precisamente la novación pactada eventualmente para las posibles incidencias del coste de la vida o de los precios de consumo, de no aplicarse partiendo de la precedente renta actualizada —fruto de convención— supondría un desfase con fractura grave de la equivalencia de las prestaciones». Además, como ha precisado la sentencia de 27 de enero de 1987, «no se trata de contabilizar la revisión en base a la renta convenida o inicial, sino a la relación entre el índice del coste de la vida en la fecha inicial del propio contrato con el que proceda en la fecha de revisión, ya que, entonces, no se cumpliría el designio de desbloquear, cada dos años, el precio del arriendo, mediante la acomodación de renta prevista por las partes, de modo que el valor original convenido en concepto de renta permanezca a cubierto del insistente y progresivo movimiento que sufre el poder adquisitivo del dinero».

De aquí que, en la presente sentencia de 25 de noviembre de 1987, se concluya, sin más argumentos y apoyo que la cita de las dos anteriores sentencias, que «la actual doctrina jurisprudencial, con el propósito de mantener la equivalencia y proporcionalidad de las prestaciones, en vista de la depreciación progresiva de la moneda, mantiene que la revisión ha de operar sobre la renta pactada, la primera vez y sobre la actualizada, en las sucesivas».

Por último, una cuestión de detalle práctico que plantea frecuentemente dudas a la hora de realizar la contabilización para la revisión de la renta y el índice que debe aplicarse para el nuevo período todavía no ha sido publicado. En este caso, como en el de autos, el arrendador actúa correctamente cuando notifica al arrendatario su propósito de aplicar la revisión que resultare del índice de referencia pactado y que deberá tener vigencia para el próximo período y su efectiva aplicación posterior cuando el índice aplicable sea conocido, sin que ello entrañe «una efectividad retroactiva, sino ajustada acorde con los fines de la cláusula, que es el de variar la cuantía de la renta para conservar el equilibrio de las prestaciones recíprocas en cada período, según resulte de la variación del valor del dinero en el período consumado».

Otra cosa sería un retraso desleal, pasado el primer período o los sucesivos de revisión, sin que el arrendador hiciese aplicación de la cláusula de estabilización y tratase de recuperarlos posteriormente mediante un cobro inoportuno y gravoso para el deudor o arrendatario.

II. Sentencias (*)

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Gabriel GARCIA SANTERO
Francisco LLEDO YAGUEZ
Juan Antonio MORENO MARTINEZ
Luis Felipe RAGEL SANCHEZ

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Actos contrarios a la Ley. Clasificación.—No es posible admitir que toda disconformidad con una Ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de la nulidad, ni tampoco que sea preciso para la validez de los actos contrarios a la ley que tal validez sea dispuesta de modo textual en la ley misma. El precepto (sentencias de 27 de febrero de 1964 y 28 de julio de 1986) no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad, sino que hay lugar a clasificar los actos contrarios a la ley en tres distintos grupos: 1.º aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces incluso de oficio; 2.º actos contrarios a la ley en que la ley misma disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo entonces reconocérseles validez a tales actos «contra legem», y 3.º actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentes razones que patenten el acto como gravemente contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público, encontrándose inficionado de lo que el Código llama «causa torpe». Esta doctrina se completa con la de la nulidad parcial de aquellos contratos en los cuales sólo algún pacto resulte contrario a la ley y siempre que conste además que se habría concertado aun sin la parte nula.

Transmisión mortis causa de oficina de farmacia.—El precepto determinante de la nulidad declarada de los pactos primero a tercero que se quiere extender a los cuarto y quinto y por lo tanto a la totalidad de lo convenido en 1 de

(*) Coordinador: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ.

abril de 1979 resulta ser el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, por lo tanto, una norma puramente administrativa sin posible incidencia en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacias. Aparte su rango de Real Decreto (no de Real Decreto-Ley, que actualmente contempla el artículo 86 de la Constitución), con toda probabilidad no era esa la disposición general llamada a regular el caso incluso en el orden puramente administrativo y la que habría resultado contrariada, ya que el fallecimiento del farmacéutico causante de los actores ocurrió en el año 1969 bajo la vigencia del Decreto de 31 de mayo de 1957, que sustituyó al de 24 de enero de 1941. Disponía el vigente al tiempo del óbito que «las (farmacias) que se adquieren por herencia de los farmacéuticos que, siendo sus propietarios, ejercían en ellas su profesión», no tendrán la consideración de «nuevas farmacias» y «el nuevo dueño podrá continuar al frente de la misma, si reuniere los títulos necesarios, o bien enajenarla» y «si careciere de tales títulos, vendrá obligado a su enajenación o bien a su cierre, en el plazo previsto en la Orden Ministerial de 29 de mayo de 1944». Por tanto, parece que ni siquiera la normativa administrativa produce el efecto pretendido por la demandada de quedar dueña del establecimiento que constituía la mejor parte de la herencia causada por su padre y antes bien admite su transmisión «mortis causa» a favor de los herederos instituidos en el testamento de 19 de enero de 1950. Regularizada administrativamente la farmacia, nada se opone hoy a la plena efectividad de lo pactado en 1 de abril de 1979.

Nulidad parcial del contrato.—Las irregularidades administrativas que cupiera reprochar a la parte demandante y en las cuales participó en pie de igualdad la demandada, no son bastantes a producir la nulidad que se pretende por cuanto «la levedad del caso así lo permite» y lo que resultaría «contrario al respeto debido a la ley, la moral o el orden público» sería justamente ignorar la voluntad del causante de todos los litigantes y los derechos que de ella y de la ley se derivan para la viuda y los otros descendientes, entre ellos un incapaz. (STS 17 octubre 1987, no ha lugar.) (L.F.R.S.)

2. Doctrina de los propios actos. Requisitos.—Que esta Sala tiene reiteradamente declarado que la virtualidad del principio de derecho de los actos propios exige: a) que el acto propio que se pretende combatir haya sido adoptado y realizado con plena libertad de criterio y voluntad no coartada; por ello el principio no puede alegarse cuando el acto viene provocado por la misma conducta o presión de quien pretende valerse en provecho propio del mismo; b) además es necesario un nexo causal entre el acuerdo adoptado o acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior, y c) dicho principio sólo puede estimarse cuando el acto o actos en que se apoye definan de modo inalterable la situación del que los realiza, y que los actos contra los que no es lícito accionar son aquellos que por su carácter trascendental o por constituir convención causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto, por lo que el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla.

Renuncia tácita al derecho de servidumbre.—Si en la técnica jurídica se entiende por renuncia aquella manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo sin transmitirlo a otra persona, resulta evidente que dicha renuncia, aparte de tener que ser personal, ha de revestir, en cuanto a la forma, las características de ser clara, terminante e inequívoca, como expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, admitiéndose no sólo la forma escrita y expresa, sino también la tácita, mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos. (STS 16 octubre 1987; no ha lugar).

NOTA.—Como afirma el Tribunal Supremo en esta sentencia, en el caso que nos ocupa es obvio que se cumplen los requisitos que la jurisprudencia exige para la aplicación de la doctrina de los actos propios, toda vez que nada consta en contra de la libertad de la postura adoptada por la recurrente en el pleito anterior; ha de apreciarse un evidente nexo causal entre la postura adoptada por ella en aquél y la mantenida en éste, y, finalmente, debe también admitirse que las manifestaciones operadas por la recurrente en el pleito anterior de que se ha respetado la servidumbre de paso mediante la posibilidad de acceso desde un vial urbanizado como su conformidad con la situación de hecho en que quedó el paso, implícita en la circunstancia de que en aquel litigio tan sólo pretendiera conseguir el cierre de las ventanas que abren en la pared posterior del inmueble, cuya demolición pretendía después conseguir en la presente litis, integran una indudable definición de su situación jurídica y causan estado, por lo que no pueden coherentemente ser alteradas en modo unilateral con la promoción de una demanda que, contrariando una postura paladinamente mantenida en el pleito anterior, vulnera el necesario respeto que los actos propios merecen. (A.C.S.)

3. Declaración tácita de voluntad.—La figura de la declaración tácita de voluntad, como forma mediata de manifestación de la misma, que ha querido catalogarse entre los principios generales del derecho con generosa liberalidad, ha cobrado carta de naturaleza por razones de índole práctica, obedeciendo a la interpretación usual de una conducta determinada que, si por sí misma no es esencialmente indicativa de una declaración de voluntad, debió ser, sin embargo, según se infiere, una forma expresiva de voluntad, a modo del conocido *inditio voluntatis* y que encuentra su más genuina expresión en las *facta concludentia*, a las que el derecho sólo reconoce una alternativa de índole subsidiaria cuando de primar la forma tácita se trata (STS 28 septiembre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora insta una reclamación de cantidad en concepto de los daños y perjuicios causados en accidente de circulación al entender que el mismo estaba cubierto por el seguro obligatorio. El Juez de Primera Instancia estima sólo en parte la demanda, condenando al demandado a abonar una determinada indemnización. La Audiencia Territorial revocó parcialmente la anterior decisión rebajando la cuantía de la indemnización. No prospera el recurso de casación interpuesto por el solicitante de la indemnización (J.A.M.M.)

4. Simulación. Concepto y clases. Doctrina general. Ineficacia de la donación encubierta como compraventa.—Sabido es que nuestro Código civil, fiel a la tradicional teoría de la causa, regula dos supuestos o clases en cuanto a su falsedad o fingimiento: uno, el más general y operativo en la práctica, en que la falsa declaración es el fiel exponente de la carencia de causa (*colorem habet, substantiam vero nullam*), que configura la llamada simulación absoluta, y, el otro, aquel en que la declaración falsa representa la cobertura de otro negocio jurídico verdadero y cuya causa participa de tal naturaleza (*colorem habet, substantiam vero alteram*) y que opera con carta de naturaleza propia bajo la denominación de contrato disimulado o, simplemente, de simulación relativa. Esta dicotomía ha llevado a precisar a la jurisprudencia que, al existir una discrepancia total entre la voluntad real y la declarada, faltan los elementos necesarios para que el negocio jurídico nazca, supuesto predicable de la simulación absoluta, a la par que cuando de simulación relativa se trata, el contrato disimulado puede ser válido si es lícito y reúne, además, los requisitos correspondientes a su naturaleza, cuestión ésta de extremada delicadeza por las repercusiones que puede provocar en la seguridad jurídica, de ahí que la jurisprudencia, saliendo al paso de posibles fraudes, haya puntualizado para ambos supuestos que al no haber en la escritura pública una compraventa ficticia, ni existir una expresa manifestación de la *causa donandi*, no sólo será nula la venta por simulación absoluta si que también alcanzará a la donación en relación con el artículo 633 del Código civil.

Valor del documento público. Prueba de la simulación.—Es conforme y correcta la doctrina de la sentencia de instancia cuando sienta la premisa de que la fuerza probatoria de los documentos públicos frente a terceros no se extiende a la veracidad de las manifestaciones consignadas en ellas por los interesados, sino que éstas pueden quedar destruidas en el litigio por los demás elementos de prueba unidos a las actuaciones, lo que le lleva a concluir, tras un minucioso análisis de las pruebas practicadas, la simulación de las escrituras que se esgrimen como título de la tercería ejercitada.

Presunción posesoria del artículo 449 del Código civil.—El tercerista sobre bienes muebles embargados no puede invocar la presunción del artículo 449 del Código civil cuando se declara probado que el demandado ha sido en todo momento propietario del piso en que aquéllos están situados, y el actor no ha justificado que en la fecha en cuestión poseyera bienes suficientes para efectuar una compra de bienes muebles por un elevado importe (STS 13 octubre 1987; no ha lugar).

NOTA.—Sentencia docta (Pte. Latour Brotons) que expone con detalle la doctrina unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia acerca de la simulación negocial y sus clases. Obsérvese que sigue la línea restrictiva, predominante en el último cuarto de siglo, de no aceptar, sin más aditamentos que normalmente no suelen estar presentes, que la compraventa de inmuebles simulada valga como donación, doctrina que aprueba un sector de la doctrina [Cfr. Luna Serrano en *Elementos de Derecho civil* I-3.º (Barcelona 1984), p. 206].

5. Impugnación de un acuerdo social. Interrupción de la prescripción extintiva por acto de conciliación.—Se considera que la demanda de conciliación tiene plena virtualidad para interrumpir la prescripción cuando la demanda iniciadora del pertinente litigio se plantea —según el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior redacción, que es de aplicación al presente caso— dentro de los dos meses siguientes a la celebración del acto conciliatorio, porque con la papeleta de conciliación se ejercita un derecho que posteriormente se ratifica con la demanda inicial del procedimiento (STS 26 octubre 1987; ha lugar.)

HECHOS.—En el presente caso, frente a la demanda de impugnación de un acuerdo social, la entidad demandada alega la excepción perentoria de prescripción por haber transcurrido cuarenta días desde la fecha de la celebración del acto conciliatorio hasta la presentación de la demanda. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó este fallo al apreciar la excepción de prescripción alegada por la entidad demandada. Prospera el recurso de casación (J.A.M.M.)

6. Prescripción extintiva de la acción ejercitada.—La prescripción, como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, no ha de ajustarse a una aplicación técnicamente desmedida y rigorista, antes bien, como instituto no fundado en la justicia intrínseca, debe sujetarse a un tratamiento restrictivo, de tal modo que en cuanto se manifieste el «*animus conservandi*» deberá entenderse queda correlativamente interrumpido el *tempus praescriptionis*. En esta inteligencia se observa que la fecha inicial para el cómputo del tiempo de prescripción de un año a tenor del artículo 952-1.º del Código de Comercio es la de 4 de mayo de 1979, que queda a estos particulares efectos rectificada por la de 23 de junio de 1980 *en que por carta de la deudora se reconoce la deuda*, aunque se disienta en la cuantía y a partir de esta última fecha, se produce la interrupción del plazo de prescripción, en primer lugar por la demanda del acto de conciliación de 5 de junio de 1981, es decir, cuando no había transcurrido aún el año, con lo que empieza a contar nuevamente la anualidad prescriptoria y esta virtualidad de la simple demanda de conciliación sin necesidad de que la demanda del procedimiento declarativo se presente dentro de los dos meses siguientes porque así lo tiene establecido la doctrina de esta sala sobre este extremo, en la que se dispone que si el artículo 1.973 del Código de Comercio otorgan esta virtualidad interruptora a la interpelación judicial sin más aditivos o requisitos, no es de aplicación el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de publicación anterior al Código civil y al Código de Comercio, pues de otra suerte se concedería mayor eficacia interruptora a la reclamación extrajudicial que a la interpelación judicial, una de cuyas formas comprende la presentación de demanda de conciliación.

Por ello, la fecha del 23 de junio de 1980 en que se reconoce la obligación de pagar por la carta suscrita por la demandada, vuelve a iniciar el cómputo marcado el 4 de mayo de 1979, en que concluyen las obras (arts. 952-1.º y 944-1.º y 2.º del Código de Comercio) que vuelve a interrumpirse por la demanda conciliatoria de 5 de junio de 1981, como interpelación judicial que es por naturaleza propia y como quiera que en la prescripción extintiva de acciones no se requiere que la demanda de juicio ordinario se presente en los dos meses siguientes, quiere

ello decir que inicia un nuevo plazo prescriptorio de un año, que obviamente no está agotado el 26 de septiembre de 1981 cuando se presenta la demanda a que se contrae este procedimiento (STS 18 septiembre 1987; no ha lugar).

HECHOS.—Con motivo de las reparaciones verificadas por la Entidad demandante, hoy recurrida, en los buques «Juan Claudio» y «Ramiro Pérez» de la propiedad de la naviera ahora recurrente, a virtud del contrato suscrito en Santander el 5 de enero de 1979, se formuló la reclamación judicial del importe correspondiente que fue sustancialmente estimada por las sentencias de ambas instancias, habiendo sido el tema más controvertido en ellas (como igualmente en el presente recurso) el de la prescripción extintiva de la acción ejercitada al respecto.

NOTA.—Es doctrina reiterada que opera la ruptura del tracto temporal de la prescripción cuando se produce una originaria y persistente voluntad del acreedor de ejercitar su derecho (véase sentencia 17-XII-1979). *Item más* la inteligencia restrictiva que impera en la institución de la prescripción conlleva inexorablemente a buscar el *dies a quo* del cómputo del plazo (En el caso de autos, la fecha del 23 de junio de 1980 en que se reconoce *ex voluntate* la obligación de pagar). Consecuentemente, en cuanto se manifieste el *animus conservandi*, deberá entenderse que queda interrumpido el *tempus prescriptionis*. Luego debe de reconocerse claramente efecto interruptivo en el supuesto «a la carta de la deudora en la que reconoce la deuda». En congruencia con lo referido se produce el efecto interruptivo por la demanda del acto de conciliación, pues como ha reconocido la doctrina jurisprudencial: la doctrina de esta sala al contemplar el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, otorga al acto de conciliación un efecto meramente suspensivo del plazo prescriptorio si la demanda no fuere presentada dentro de los dos meses siguientes, no puede tampoco olvidarse ni la semejanza de dicho precepto adjetivo con el artículo 1.947 del Código civil referido a la interrupción y no a la prescripción extintiva, ni la circunstancia de que el artículo 1.973 con un criterio de mayor amplitud respecto de esta última, habla sólo de interrupción de la *prescriptio actionis* por su ejercicio ante los Tribunales frase la de ejercicio en la que según ha resuelto la jurisprudencia, se entiende comprendida la presentación de la papeleta de conciliación (Sentencias, entre otras, la de 7 julio 1983 y 9 diciembre 1983.) (F.L.L.Y.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

7. Protección del derecho al honor. Intromisión ilegítima.—El ataque al honor se desenvuelve tanto en el marco interno de la propia intimidad, e incluso en el de la familia, como en el externo, del ámbito social, y por lo tanto profesional, en el que cada persona desarrolle su actividad, no pudiendo involucrarse la condición o cualidad pública de una actuación o actividad, y el de la veracidad del informe o comunicación que respecto de ella pueda darse, cuando la publicación atribuye a una persona, identificada con su nombre y apellidos, hechos que

inexcusablemente le hacen desmerecer del público aprecio, y reprochables cualesquiera que sean los usos sociales del momento.

Acción civil.—Una amplia y uniforme doctrina de esta Sala tiene establecido que el mencionado artículo 1.º-2 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 permite que se dirija acción civil, aunque no se haya resuelto la penal, pues al no ser ésta perseguible de oficio, queda dentro de las facultades del particular ofendido optar por el ejercicio de la acción penal conjuntamente con la civil (art. 112, párrafo 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), o solamente esta última, según permite también la Ley 62/1978, de 23 de diciembre, produciéndose en este último supuesto el efecto consuntivo del párrafo 2.º del citado artículo de la Ley procesal penal. (STS 22 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—Un periódico de alcance nacional publicó un informe en el que señalaba que el demandante era el principal protagonista de toda una serie de hipotéticas irregularidades, en su condición de responsable de administración y finanzas en la comisión ejecutiva federal de un partido político.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda por intromisión ilegítima en el derecho al honor. La Audiencia Territorial revocó este fallo. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Se tiene en cuenta la doctrina de la importante sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1986, que extractamos en ACD, 1987, pp. 1012-1013, siendo muy interesante la relación existente entre el derecho a la información y el derecho al honor, protegidos en la Constitución (A.C.S.)

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

8. Asunción de deuda y dación en pago: diferencia con la cesión para pago.—La calificación del contrato es cuestión básica en este caso, para llegar a las mismas conclusiones a las que llega la sentencia, la cual admite que el negocio jurídico al que el proceso se refiere contiene una asunción de deuda y un convenio sobre el pago de tal deuda, que se hace con la dación en pago de una maquinaria por la entidad actora a la acreedora, de mayor valor que la deuda, reconocido en el documento por ambas partes; y aunque en la sentencia se llame adjudicación en pago, es una dación en pago, es decir, como pago, no una cesión para pagar, subordinada a la fructífera venta del bien entregado por la acreedora; buena prueba de ello es que la diferencia entre el valor de la máquina y el crédito, en cifra exacta, se compromete la acreedora a pagarla con suministro de productos de su tráfico, lo que entraña una total conformidad con el valor de la maquinaria que posteriormente se quiere discutir por haber recibido ofertas de compra inferiores a la valoración, pero, en todo caso, superiores al crédito extinguido.

Incongruencia.—Si la pretensión principal postula el cumplimiento del contrato, y, partiendo de su incumplimiento, pide su transformación de especie en metá-

lico, no hay incongruencia si la sentencia condena al cumplimiento específico, estimando en parte la demanda (STS 5 octubre 1987; no ha lugar.)

9. Preferencia de créditos salariales.—Ejercitada la acción de reconocimiento del crédito salarial dentro del año (art. 59 del Estatuto) automáticamente queda investido el crédito reconocido, de las preferencias y privilegios conferidos por las leyes, y si el artículo 32.6 del Estatuto exige también un año para la homologación judicial de esa preferencia, ello podrá proclamarse, en buena hermenéutica, respecto de otros créditos salariales, pero no al que se contempla en el párrafo primero de dicho precepto, que por su naturaleza de absoluto e intangible, o como dicen las sentencias de 28-I-1983 «super privilegiado», no está sujeto a un nuevo plazo de prescripción en punto al reconocimiento de esa preferencia de la que ya viene investido por el hecho de su reconocimiento en sentencia o en acta de conciliación del I.M.A.C., que se la presta objetivamente su propia naturaleza, y que de la misma forma pasa a engrosar el patrimonio del Fondo de Garantía Salarial, pues de otra suerte, el «super privilegio» legal sería en la práctica meramente ilusorio y ficticio; es decir, que goza, como en el caso previsto en el artículo 194 de la Ley Hipotecaria y el artículo 73 de la Ley General Tributaria los créditos de la Hacienda, de un derecho preferente con igual dinámica que las denominadas hipotecas legales tácitas, que no pueden verse afectadas por ningún crédito y en este caso, ni siquiera los de tipo fiscal, en atención a que cumplen estos créditos laborales un mínimo de garantía laboral acorde con su cualidad de retribución dirigida a satisfacer de modo inmediato las necesidades vitales del trabajador y su familia, así como con la finalidad inspiradora del tantas veces citado Estatuto de Trabajadores. (STS 16 octubre 1987; no ha lugar.)

NOTA.—El Fondo de Garantía Salarial pagó a los trabajadores de una determinada empresa una cantidad «X». La Diputación Foral de Guipúzcoa embargó por créditos fiscales a la Sociedad. En el caso de autos se discutía el mejor derecho sobre el importe de los bienes subastados.

Se denuncia violación del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, que determina el plazo para ejercitar el derecho de preferencia de los créditos salariales, a que se refieren los precedentes apartados del referido artículo. (F.LL.Y)

10. Distinción entre contratos administrativos y contratos privados.—Es doctrina reiterada que hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, entendido este concepto en la aceptación más amplia, para abarcar cualquier actividad que la administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia y por lo mismo correspondiente a sus funciones peculiares, sentido lato que igualmente inspira el artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado, a lo que debe añadirse el principio de autointegración del ordenamiento administrativo, al disponer el precepto que en caso de silencio contractual o legal, serán la propia ley y los principios generales inspiradores los que han de regir como supletorios, en lugar de acudir a la regulación *ius privatista*.

En el caso de autos, no cabe duda que la Organización de Trabajadores Portuarios constituye un organismo autónomo del Estado, de carácter administrativo, adscrito al Ministerio de Trabajo. Visto que a la Jurisdicción contencioso-administrativa corresponde el conocimiento de las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la administración pública, cuando tuvieran por finalidad obras y servicios públicos de toda especie. En conclusión, los contratos no dejan de tener el carácter de administrativos, aunque revistan tipificación de naturaleza privada, cual un arrendamiento de servicios, y la competencia por razón de la jurisdicción es materia de orden público, sustraída al derecho dispositivo de las partes, debiendo hacerse su estudio incluso de oficio. (STS 9 octubre 1987; ha lugar al recurso.)

HECHOS.—Que, por consecuencia de los servicios prestados por la entidad actora durante los meses de septiembre-diciembre de 1980, a los trabajadores portuarios y beneficiarios de los extinguidos seguros de enfermedad y accidentes de los estibadores portuarios, en el establecimiento propiedad de la actora. La parte demandada adeudaba a la actora determinada cantidad reconocida por aquélla. La actora formuló reclamación previa a la vía jurisdiccional competente en reclamación de dicho importe. Presentada la demanda en reclamación de repetida cantidad, el abogado del Estado opuso las excepciones de incompetencia de jurisdicción y falta de reclamación previa en la vía gubernativa (art. 533, núms. 1.º y 4.º de la L.E.C.) y que la administración no podía efectuar el pago hasta que se incluyese la partida en los Presupuestos Generales del Estado. El Juzgado de Primera Instancia condenó al pago de la suma reclamada e intereses legales, sentencia que fue confirmada por la Audiencia Territorial. Ninguna de las partes aportó el contrato que las vinculaba y a virtud del cual se producía la reclamación. (F.L.L.Y.)

11. Precios fijados en disposiciones oficiales. Modificación contractual.— Antecedente obligado para resolver la controversia es el Decreto 2.695/1977, de 23 de octubre, sobre medidas relativas a la política de precios, cuyas directrices, según su Exposición de Motivos, fueron las siguientes: a) equilibrar la economía española a corto plazo; b) vigilar los mecanismos de formación de los precios, particularmente, los de los productos estratégicos y de aquellos que se formen bajo condiciones monopolísticas, para evitar la introducción de componentes perturbadores del objetivo propuesto de reducir la tasa de inflación, y c) eludir los riesgos que podrían derivarse de las bruscas ausencias de la intervención de la administración en la actual situación económica. Pues bien, atendiendo a las susodichas directrices y al contenido del articulado del Decreto, es de llegar a la conclusión de que el régimen de precios autorizados establecido para los bienes y servicios incluidos en el anexo 1, entre los que se encuentran la «hulla y lignito destinado a centrales térmicas», no puede ser modificado por las empresas y los particulares que contraten sobre los mismos, situación que persiste en tanto continúe funcionando la intervención administrativa respecto a tales bienes y servicios y no hayan sido objeto de plena liberalización comercial (STS 10 septiembre 1987; no ha lugar).

HECHOS.—El demandado promovió una reclamación de cantidad derivada del suministro de mixtos de carbón, con destino a una central térmica que poseía la Entidad demandada. La demanda fue desestimada, siendo revocada la misma en apelación, condenándose a la referida Sociedad al pago de la suma objeto de reclamación y contra esta segunda resolución, se interpuso el presente recurso de casación, quedando centrada, sustancialmente, la cuestión litigiosa en la aplicación o no al suministro hecho mención, de la Orden Ministerial de 25 de abril de 1983, dictada por el Ministerio de Industria y Energía. (F.L.L.Y)

12. Resolución de contrato.—Según doctrina de esta sala, el alcance que debe darse al requerimiento a que se refiere el precepto legal —art. 1.504 del Código civil— es el de la expresión de la voluntad del vendedor de dar por resuelto el contrato, teniendo también declarado que resulta preferente el cumplimiento de cualquier pacto negocial, establecido entre las partes dentro de los límites del artículo 1.255 del Código civil; y mal se puede compaginar esa precisa y mantenida voluntad del vendedor de resolver el contrato, con la concesión dos meses después del requerimiento, de un nuevo plazo al comprador, facultándole para que pueda cumplir las obligaciones pendientes; y en cualquier caso es que, además de la razonada invalidez del preceptivo requerimiento, en el deudor no se patentiza la forma indubitada la existencia de una voluntad rebelde al cumplimiento de sus obligaciones, también exigidas por la jurisprudencia (STS 10 octubre 1987; ha lugar al recurso.)

HECHOS.—Hay un pacto contractual, por virtud del cual la entidad vendedora concedió a los compradores demandados una prórroga o aplazamiento en el pago de las cantidades pendientes de satisfacer, como derivadas de la compraventa que se pretende resolver, y ese pacto el recurrente lo justifica con el contenido de la carta (obstante al folio 91 de los autos) y el posterior reconocimiento de su contenido efectuado en confesión judicial por el representante legal de la entidad actora. Este convenio tiene lugar el día 15 de septiembre de 1980, y modifica dejando sin efecto el requerimiento judicial, que se efectuó con fecha de 10 de julio anterior, dejando vacío de contenido la exigencia del artículo 1.504 del Código civil.

NOTA.—Es patente en el supuesto una nítida voluntad declarativa por parte del vendedor de no dar por resuelto el contrato; existe por tanto un cambio de voluntad que desvirtúa sustancialmente la previa y formal voluntad de resolución, ya que no se constata ni incumplimiento ni voluntad deliberadamente rebelde al mismo tiempo, presupuestos ambos de aplicación del artículo 1.504. Recuérdese en este sentido (con clara aplicación analógica al supuesto del pleito) la sentencia de 1 de marzo de 1982 (remito al lector al comentario de Puig Brutau, *Diccionario de acciones en derecho civil español*, Bosch, 1984, p. 74), en dicha resolución de aplicación *sic et simpliciter* a nuestro caso, los vendedores mantuvieron con el comprador conversaciones sobre el pago del precio, incluso después de practicado el requerimiento a que se refiere el artículo 1.504. Ello permitió a la sentencia (explica el autor *supra* indicado) afirmar que se requiere como

presupuesto esencial una situación de incumplimiento atribuible al que se alega incumplidor y que en este caso no es apreciada en el comprador. (F.L.L.Y.)

13. Compraventa de inmuebles. Resolución por incumplimiento. Pérdida estipulada del 50 por 100 de lo abonado.—Basta con que se produzca el hecho del incumplimiento obstaculizador del fin normal del contrato, frustrando así las legítimas expectativas de la otra parte que se ve privada de alcanzar el fin económico perseguido con el vínculo contractual, y vulnerando la parte incumplidora la obligación asumida, lo que se traduce en un incumplimiento sustancial no provocado por el acreedor cumplidor, que lógicamente revela una actitud de desprecio a lo convenido; en el presente caso los compradores han dejado de satisfacer una parte importante del precio de venta del inmueble, de modo que en contraposición a la entrega inicial y disfrute desde entonces del inmueble por los demandados, se ha producido por parte de estos mismos los impagos de las sustanciales cantidades fraccionadas con que se les facilitó y aplazó el pago del precio total, lo que patentiza esa actitud obstaculizadora del fin normal del contrato, que lleva aneja según lo estipulado la pérdida del 50 por 100 de las cantidades pagas por los compradores como precio de los inmuebles objeto de dicho contrato (STS 9 octubre 1987; no ha lugar.)

14. Compraventa de inmuebles. Contrato formalizado en formulario. Validez.—No puede alegarse con éxito que la parte recurrente se vio erróneamente inducida a firmar un contrato en gran parte impreso, puesto que nada consta en contra de su libre y espontánea voluntad para informarse debidamente del contenido de lo convenido, ni que esa información previa se viese impedida u obstaculizada por maquinaciones de la parte contraria.

Reconocimiento de deuda posterior al contrato. Eficacia declarativa.—Es válido el documento privado de compraventa de un inmueble destinado a vivienda, fijándose un precio aceptado por ambas partes; el posterior documento de reconocimiento de esa deuda de pago de precio convenido implicó un contrato cuya premisa indispensable fue el precedente contrato de compraventa, con lo que el reconocimiento tuvo un efecto simplemente declarativo cuya causa lícita y existente fue el anterior contrato, que no quedó en modo alguno novado o extinguido, sino reforzado y concretado, en cuanto se determinó con precisión la forma y plazo para el pago del precio, llegándose a lo más a un efecto novatorio parcial o meramente modificador de la relación jurídica anterior; no hubo, por consiguiente, en el caso ahora discutido un reconocimiento constitutivo de deuda que novase extintivamente el anterior contrato de compraventa y prescindiere de su causa de obligar, por lo cual la recurrente hubo de cumplir la obligación del pago del precio en la forma pactada, lo que no efectuó y no obstante continuó en posición del piso.

Cláusula resolutoria expresa. Preferencia del artículo 1.504 sobre el 1.124.—Es doctrina reiterada que el artículo 1.124 del Código civil no puede invocarse con éxito cuando se discute la resolución de un contrato de compraventa de inmuebles por incumplimiento de la obligación de pago, materia que por tener su regulación específica en el artículo 1.504 hace inaplicable aquel precepto; con-

rren en el caso los requisitos de la resolución, a saber, requerimiento de pago y de resolución, tanto en acto de conciliación previo como en el suplico de la demanda, o sea, declaración de voluntad del vendedor al comprador, expresada en forma auténtica, que hizo patente el propósito de optar por la resolución, ya que no habiendo el comprador pagado el precio en los plazos estipulados, no puede ser privado el vendedor del derecho que le concede el artículo 1.504 (STS 30 septiembre 1987; no ha lugar.)

NOTA.—Ninguna novedad sobre la doctrina tradicional de resolución del contrato de compraventa en virtud de cláusula expresa. Destacan los esfuerzos del recurrente por privar de eficacia al contrato inicial invocando su posible carácter de adhesión, al aparecer documentado en formulario expreso. El Tribunal Supremo no acepta la calificación de «contrato de adhesión» al de autos, y viene a sentar la doctrina de que la circunstancia de estar impresas la mayor parte de sus cláusulas no hace presumir falta de libertad de contratar salvo que se demuestre que el contratante «dèbil» no pudo informarse del contenido de lo convenido. En general, sobre estos contratos véase Messineo, *Il contratto in genere*, I, pp. 471 y ss. (G.G.C.)

15. Compraventa de inmuebles. Piso defectuoso. «Exceptio non rite adimpleti contractus. Prescripción de 15 años.—La sentencia sitúa el supuesto aquí contemplado en el incumplimiento previo de las obligaciones de la vendedora, que no puede hacer uso de la facultad prevista en el artículo 1.504, siguiendo con ello la doctrina consolidada de esta Sala que se orienta a entender que se estará en la hipótesis de la falta de entrega, o entrega de cosa distinta, y no en la entrega con vicios ocultos, cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción total del comprador, en razón de la naturaleza, funcionalidad y destino de la cosa comprada, cuyo evento permite acudir a la protección de los artículos 1.101, 1.108 y 1.124 del Código civil; la excepción a que se acoge el comprador, *exceptio non rite adimpleti contractus*, sólo prescribe a los 15 años, no estando sujeta al plazo de caducidad establecido en el artículo 1.490; los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil no se eluden entre sí, sino que se complementan cuando se trata de la venta de inmuebles, por lo que apreciando que la vendedora que hizo el requerimiento notarial no había cumplido por su parte la obligación a que venía constreñida, cual era la de entregar la vivienda en condiciones de habitabilidad racionalmente confortables, el comprador venía legitimado para suspender el cumplimiento de la suya de pago, a pesar de instrumentarse por la contraparte la facultad que le reconoce el artículo 1.504 del Código civil.

NOTA.—Correcta aplicación de la doctrina de la excepción de contrato no cumplido (Pte. Malpica González) con acertada diferenciación entre los vicios ocultos y el pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto, que permite orillar la brevedad del plazo de prescripción del artículo 1.490. Ejemplo palpable de utilidad de la *exceptio*, pues el comprador había intentado en vano la reparación de los graves desperfectos producidos. Interesante la precisión sobre el plazo de prescripción de la excepción. Sobre

el tema cfr. la clásica monografía de Espín Cánovas, *La excepción de incumplimiento contractual*, ADC, 1964, pp. 542 y ss., y también *Manual*, III, 6.^a ed., pp. 428 y ss.

16. Compraventa de vivienda. Resolución.—El documento amparador del error denunciado no ha sido desconocido por el Juzgador, sino correctamente valorado, en cuanto supone el reconocimiento del incumplimiento, al ejecutar un 15 por 100 menos de la cabida prometida, circunstancia que da paso a la acción derivada del artículo 1.124 del Código civil, que autoriza la restitución de la prestación y el resarcimiento de los daños y perjuicios, como reconoce constante doctrina jurisprudencial.

Indemnización de daños y perjuicios.—La cuantía de la indemnización corresponde, en principio, a la potestad del juzgador de instancia y éste no se ciñe, en uso de tal potestad, a los intereses del dinero entregado como precio, sino al tiempo en que la suma entregada estuvo, de hecho, retenida fuera de la disposición de quien la entregó, sufriendo las consecuencias de la devaluación del total, conceptos indemnizables según sentencias de esta Sala, ya que si bien hubo ofrecimiento de devolución, no se produjo consignación, como exige el artículo 1.176 del Código civil, para que tenga lugar efectos liberatorias o asimilables a ellos. Por tanto, hubo retención desde la fecha de la entrega del dinero hasta el momento en que se dictó sentencia **STS 13 octubre 1987**; no ha lugar).

HECHOS.—La parte actora compró una vivienda a la demandada, según el proyecto de construcción. La demandada varía el proyecto, construye la vivienda con menor cabida y ofrece al comprador la resolución del contrato o rebaja proporcional del precio, proposición que no acepta el comprador, quien entabla demanda pretendiendo la resolución del contrato, devolución del precio entregado al inicio del contrato, más una determinada cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia accede a la demanda, pero desestimando la pretensión del actor, referente a la indemnización de daños y perjuicios. La Audiencia Territorial revoca en parte la dictada en primera instancia al acceder además a la vía indemnizatoria si bien no en la cuantía solicitada por el demandante. No prospera el recurso de casación ininterpuesto por la parte demandada vendedora (J.A.M.M.).

17. Autodefensa. Concepto.—Aun en los sistemas jurídicos más avanzados quedan vestigios de la denominada defensa privada o, más propiamente, de la autodefensa, entendiéndolo por tal un estado actual, sobre todo posesorio, contra un ataque, estando permitida siempre y cuando no sea más que una defensa, simple protección del estado posesorio. En el derecho punitivo se regula la legítima defensa (número 4 del artículo 8 del Código penal) y en el orden puramente privado se viene citando tradicionalmente como supuestos de autodefensa los contemplados en los artículos 156, 592 y 612 del Código civil. La justificación de estas agresiones al patrimonio ajeno viene dada por la propia sentencia de la autoprotección.

Aplicación de la autodefensa a la Ley de Arrendamientos Urbanos.—Se considera por la Sala sentenciadora que no es aventurado afirmar que el fundamento

de la autorización concedida en el párrafo 2.º del artículo 110 de la Ley de Arrendamientos Urbanos puede encontrar su raíz última en la idea de autodefensa, más aún cuando es secuela obligada de un ataque proveniente de la inseguridad ciudadana.

En consecuencia, para el caso planteado, el hecho de tabicar una ventana por el arrendatario, cuando los hierros de la reja que la protegían han sido violentados para cometer un robo, como medida expeditiva y rápida de protección contra la rapiña ajena, ha de considerarse como acto lícito (STS 19 septiembre 1987; ha lugar.)

HECHOS.—El demandante promovió demanda de resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio, sobre la base de que el arrendatario había efectuado obras sin autorización que modificaban la configuración del local, consistentes en tapiar una de las ventanas del referido local. En la contestación a la demanda el demandado basa su oposición alegando que, tras reiteradas gestiones para localizar al arrendador a fin de solicitarle el oportuno permiso, llevó a cabo la obra en cuestión a los fines únicos de evitar un nuevo robo. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada y declaró resuelto el contrato. Prospera el recurso de casación interpuesto por el arrendatario. (J.A.M.M.)

18. Ejecución defectuosa de la obra. Resarcimiento del daño.—Esta Sala viene manteniendo la doctrina de que en caso de ejecución defectuosa de la obra por no ajustada a la pericia profesional exigible, asistirá al comitente la oportuna acción frente al contratista para exigirle la reparación «in natura» o prestación específica, realizando las obras de corrección indispensables, por sí mismo o a su costa (artículos 1.091 y 1.098 del Código civil y 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), o bien instando al cumplimiento por equivalencia de carácter subsidiario (artículo 1.101 del Código civil), que ha de cubrir todo quebrante o desequilibrio patrimonial sufrido a causa del incumplimiento imputable al constructor (Sentencias de 12 de noviembre de 1976, 3 de octubre de 1979 y 31 de octubre de 1980).

Presupuestos para obtener el resarcimiento.—Lo que antecede requiere para el dueño de la obra que la acción tendente a conseguir la reparación específica y, en su caso, la indemnizatoria equivalente, se ejercita en un mismo procedimiento frente al contratista, en el que debe hacerse prueba cumplida respecto a la existencia de la construcción defectuosa y viabilidad de las correcciones a realizar, no resultando ajustado a derecho, salvo coyunturas de emergencia, que el propio comitente determine, por su exclusiva y propia voluntad, llevar a cabo la realización de las obras, sin someterse a mecanismo alguno de control. (STS 21 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—Como consecuencia de la ejecución de unas obras de reforma contratadas por el sistema de administración en un inmueble, el constructor demandó al comitente reclamando el importe de una determinada cantidad por los trabajos efectuados y pendientes de pago. El deman-

dado se opuso, solicitando en la reconversión una determinada suma, correspondiente a los trabajos practicados por otra empresa para subsanar lo defectuosamente hecho por el constructor expresado.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y reconversión formulada. En trámite de apelación, la Audiencia Territorial volvió a desestimar la reconversión y acogió parcialmente la demanda. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Véanse nuestras anotaciones a la sentencia de 27 de octubre de 1987, en este fascículo del ADC, y la sentencia de 17 de enero de 1986, en ADC, 1987, pp. 768-769. (A.C.S.)

19. Prórroga del contrato de obra. Inexistencia de novación extintiva.—Es evidente que durante el tiempo de prórroga para incluir nuevas obras continúa el mismo estatus obligacional de las partes, sin que el contrato sufra novación extintiva. Por tanto, es perfectamente aplicable la revisión de precios a la obra aún no terminada, a menos que se entendiese que el contrato quedase en este aspecto el arbitrio del propietario de la obra, lo que prohíbe el artículo 1.256 del Código civil.

Carga de la prueba.—Alegada tal situación de hecho por el reclamante del importe de la obra, es decir, probada la obligación del demandado, es éste conforme al artículo 1.214 del Código civil el que ha de probar los hechos obstativos o impeditivos si los hubo, en el supuesto debatido que tales demoras y retrasos en los pagos y en la terminación de las obras se debieron a otras causas distintas de las acreditadas imputables al demandante y actual recurrido.

Protección de los extranjeros.—Se invoca, sin fundamento alguno, el principio de superior protección de los extranjeros, con lo que se contraviene el artículo 14 de la Constitución que se invoca como infringido, así como el artículo 27 del Código civil. (STS 2 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—Se considera probado que el retraso en la terminación de la obra se debió a las modificaciones efectuadas en ella y a la demora en los pagos por el dueño de la obra.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial condenaron al dueño de la obra, de nacionalidad extranjera, a pagar al contratista el importe de los trabajos realizados y no satisfechos. No prospera el recurso de casación.

20. Desistimiento unilateral del comitente. Indemnidad del contratista.—Debe efectuarse la liquidación de la indemnización en el entendido de que, aun existiendo precio alzado, la exigencia de la indemnidad del contratista, que hay que salvar siempre, obliga en ese caso a que, prescindiéndose del precio si la parte proporcional correspondiente a la parte de obra ejecutada no cubriere los gastos realmente originados y el importe de los trabajos efectivamente incorporados, se efectúe según estos gastos e importe reales el cálculo de la indemnización, por cuanto la facultad del artículo 1.594 pasa por la más perfecta indemnidad

del contratista, y no podría ejercitarse la repetida facultad de desistimiento sin vulnerar la verdadera «ratio» del precepto, si hubiera de prevalecer siempre el precio pactado; doctrina que procede ahora reiterar. (STS 8 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra, produciéndose el desistimiento unilateral del comitente cuando el contratista había realizado determinadas obras de urbanización.

El Juez de Primera Instancia declaró que el contratista tenía derecho a percibir el importe de las obras de urbanización realizadas, más los intereses legales devengados. La Audiencia Territorial aumentó la cuantía de la indemnización. No prospera el recurso de casación.

21. Vicios de construcción. Responsabilidad del promotor.—Es constante y uniforme doctrina de esta Sala el equiparar la figura del promotor a la del constructor a los efectos del artículo 1.591 del Código civil, incluso aunque hubiese contratado con un conjunto de empresas la ejecución de la obra.

Concepto de ruina.—Este concepto no es tan absoluto que lleve implícito en su planteamiento la debilidad o inconsistencia del inmueble, pues viene siendo constante doctrina de esta Sala, en su propósito de perfilar el concepto de ruina, abundar en la idea de no identificarla con el derrumbamiento de un edificio, para comprender en él aquellos defectos que hagan temer la pérdida del inmueble o la hagan inútil para la finalidad que le es propia, así como a aquellos otros que, por exceder de las imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato o incidan en la habitabilidad del edificio.

Indemnización por defecto estético. Defectuosa colocación de los ladrillos en el patio.—La circunstancia de que el Tribunal concediese una indemnización por defecto estético, debe enjuiciarse desde la doble perspectiva de ser substitutiva ante la imposibilidad de reparación del defecto y de ser calificado éste como constructivo, y, en cuanto tal, encuadrado entre los restantes apreciados, sin que su característica antiestética permita desvincularle de su naturaleza de verdadero defecto de construcción. Lo que antecede lleva a concluir que la pretensión dirigida a obtener la reparación o subsanación de los vicios y defectos en la construcción, dentro del marco de la responsabilidad instituida en el artículo 1.591 del Código civil, no deviene incompatible con el resultado de una indemnización substitutoria para aquellos de difícil o imposible recomposición, ni exige el ejercicio de otra acción distinta y derivada del incumplimiento contractual.

Responsabilidad solidaria.—En el ámbito de aplicación del artículo 1.591, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha declarado favorable a la exigencia de una responsabilidad solidaria, a excepción de los casos concretos que permitan la fijación de responsabilidades individualizadas.

Responsabilidad de los aparejadores.—Tienen a su cargo la consecución de la ejecución material de la obra y su desarrollo de conformidad con el proyecto definitivo, por lo que no pueden quedar ajenos al resultado defectuoso de los tan repetidos dilatadores, especialmente cuando, al igual que las restantes defi-

ciencias, merecieron la calificación de defectos de ejecución de la obra. (STS 27 octubre 1987; ha lugar.)

HECHOS.—Una Comunidad de Propietarios demandó al promotor, al arquitecto y a los aparejadores en solicitud de que se declarase la responsabilidad solidaria de todos ellos por vicios de construcción.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda al declarar la responsabilidad principal del promotor y la subsidiaria de los aparejadores, con absolución del arquitecto. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia, a excepción del pronunciamiento relativo a los defectos de colocación de los ladrillos en el patio, que, por imposibilidad de su reparación, se indemnizará pericialmente en la cuantía que desmerezca el valor del inmueble. El Tribunal Supremo casa la sentencia recurrida, confirmando la del Juez de Primera Instancia, aunque revocándola en los pronunciamientos concernientes a la responsabilidad, declarándola solidaria y manteniendo la indemnización sustitutiva por los defectos de colocación de los ladrillos.

NOTA.—En esta sentencia destaca por su novedad la referencia que se hace a los vicios estéticos, que se incluyen en el ámbito de aplicación del artículo 1.591 del Código civil. Parece, no obstante, que los defectos de colocación de los ladrillos en el patio del inmueble construido son algo más que meros vicios de carácter estético. Difícilmente un vicio meramente estético (v.gr., color poco estético de la pintura utilizada) justifica la aplicación del artículo mencionado, por muy ampliamente que se entienda el concepto de ruina, a no ser que todo vicio se considere productor de la ruina, lo cual no parece admisible.

En la nota a la sentencia de 17 de enero de 1986 (en ADC, 1987, pp. 768-769) dijimos que el cumplimiento defectuoso de una obligación de hacer es sancionado prioritariamente con la destrucción de lo mal hecho y con la obligación de hacerlo de nuevo, bien por el deudor, bien por otra persona de su costa (vid. artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En la sentencia que anotamos, el Tribunal Supremo afirma la indemnización sustitutoria para aquellos vicios de difícil o imposible recomposición (en el caso, la defectuosa colocación de los ladrillos en el patio) (A.C.S.)

22. Resolución del contrato de obra por vicios de construcción.—Las obras de impermeabilización encomendadas al contratista fueron ejecutadas por éste con total incumplimiento de su obligación de obtener el resultado convenido —impermeabilización de las terrazas—, afirmación fáctica de la que resulta en el supuesto concreto aquí enjuiciado el incumplimiento por el contratista de la obligación por el asumida, al no obtenerse con las obras que ejecutó el resultado que hubiera significado sostener lo contrario, todo lo que abona la procedencia de la resolución contractual postulada por la parte actora en su calidad de comitente, y la correcta aplicación al caso de la preceptiva contenida en el artículo 1.124 del Código civil.

Conducta negligente del contratista.—Existe un proceder negligente de la sociedad demandada, al omitir claramente la diligencia que le era exigible en los términos que define la preceptiva contenida en el artículo 1.104 del Código civil, sin que excuse su responsabilidad las circunstancias del asesoramiento técnico de un tercero o la de que encomendara la ejecución de la obra a otro contratista, pues el artículo 1.596 del Código civil hace responsable al contratista del trabajo efectuado por las personas que ocupare en la obra. (STS 28 septiembre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—Un comitente encomendó a un contratista las obras de impermeabilización de la terraza que coronaba un edificio de su propiedad, las cuales resultaron totalmente inadecuadas al fin para el que habían sido contratadas, pues llegada la época de las lluvias se produjo en el interior de los apartamentos una filtración de aguas pluviales, originando daños en la estructura interior y mobiliario existente en los mismos, postulando el comitente en la demanda la resolución del contrato de obra e indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial decretaron la resolución del contrato de obra y el pago al actor en concepto de indemnización de una determinada suma. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Es importante recordar que nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia de 19 de febrero de 1970, consideró aplicable el artículo 1.591 del Código civil en un supuesto de obra inmobiliaria que presentaba graves defectos de construcción, debidos al estado, condiciones y calidad del terreno (sobre esta sentencia, véase Cadarso, «ADC», 1970, pp. 671 y ss.) (A.C.S.)

23. Depósito irregular. Naturaleza jurídica de las imposiciones a plazo fijo.—El depósito irregular, en general, al transferir la propiedad del dinero o de la cosa fungible que se entrega al receptor hace desaparecer la característica típica del depósito, la custodia, que es sustituida por la obligación de restitución de cantidad, típica del préstamo o del contrato *sui generis*, de que se trata, no pudiendo entenderse que nos encontremos ante un depósito común con los efectos propios del mismo, por la simple circunstancia accesoria de haberse constituido aparentemente sobre él un derecho de prenda.

Compensación. Requisitos de la legal.—No existe obstáculo legal alguno que se oponga a la compensación de pleno derecho entre los ocho millones de pesetas a que asciende la imposición a plazo fijo realizada por el señor C. y la deuda por mayor cantidad que dicho señor tenía en aquel momento con el Banco receptor de la imposición, dado que ambos son recíprocamente deudores y acreedores principales el uno del otro, en cuanto al conceder el crédito y al realizar la imposición actuaron en nombre y por cuenta propia, y en cuanto no existía sobre ninguno de los créditos retención o contienda al tiempo de producirse la compensación, es decir, al tiempo de realizarse la imposición, y sin que sea aplicable el artículo 1.200 del Código civil, dado que en este caso no existe el depósito que el precepto contempla como impeditivo de la compensación.

Prenda sobre créditos.—El importe de las imposiciones a plazo fijo pasó a ser propiedad de la Caja de Ahorros depositaria, sustituyendo la propiedad anterior del depositante por un derecho de crédito a la devolución de una suma igual a la entregada, derecho de crédito sobre el que se constituyó un derecho real de prenda a favor de la entidad bancaria recurrida, cuya existencia y eficacia está supeditada a la existencia del derecho de crédito sobre el que se constituyó la garantía, y como tal crédito quedó compensado de pleno derecho con una deuda de su titular al tiempo de constituirse, es claro que el derecho de prenda carece de objeto (STS 19 septiembre 1987; ha lugar) (G.G.C.).

24. Ratificación del mandato.—Esta apariencia de mandato llega a su más efectiva realidad, cuando el representado acepta y recompensa los servicios del tercero, aprovechándose de los actos realizados por la persona que obró como su mandatario *sin la* autorización necesaria, suponiendo esta conducta posterior, una auténtica ratificación tácita, constituida por actos unívocos y concluyentes respecto a la voluntad del mandante, que hacen válido el contrato de mandato desde su origen (STS 18 septiembre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandante ofreció su mediación en la venta de un edificio que la Sociedad Constructora era propietaria, a cambio de una comisión. Es aceptada su proposición y en la oficina de la empresa se le expide una carta con el membrete y sello de la empresa, en la que se le asegura una comisión sobre el precio de venta del inmueble. Los dueños ratificaron (por medio del representante-consejero delegado con plenas facultades representativas) lo hecho por el apoderado, pagando al comisionista; por tanto, parece evidente que existió mandato.

NOTA.—Conviene a nuestro juicio precisar lo siguiente: estamos de acuerdo con la existencia de la ratificación tácita, que como ha subrayado la doctrina jurisprudencial, acontece cuando «el no representado» se aprovecha de la gestión del representante o «*falsus procurator*». El efecto de la ratificación ocurre cuando el representado ha creado una apariencia de mandato y *permite con su actitud que así se crea por los terceros* (en cuyo caso también por el principio de la buen fe quedará obligado. Sentencia 10 de mayo de 1984). Ahora bien, la remisión expresa que hace el juzgador a los arts. 1.725 y 1.727, a nuestro modo de ver, no es muy congruente, puesto que dichos preceptos prescriben algo diferente al problema que estamos discutiendo, consistente en saber si el mandato existe por la ratificación, ya que en ellos se alude al problema de la apariencia, y lo que en el problema litigioso se ventila no es la apariencia *strictu sensu*, ni tampoco se está discutiendo como cuestión de fondo el problema de la protección al tercero de buena fe. En resumen, los artículos precedentes se refieren a las relaciones entre el mandante y mandatario (*con poder de representación*), es decir, básicamente a supuestos en los cuales ha habido extralimitación en el uso del poder, asimismo cuando el mandatario no ha dado a los terceros conocimiento suficiente de los poderes, o si el mandatario traspasa o no *los límites del poder*. Naturalmente en estos casos, la actuación del apoderado «formalmente» quedaría convalidada *ex post factum* por la ratificación del poderdante.

En conclusión, lo que se discute en el pleito no es tanto cuestiones de apariencia, sino si ha existido mandato por la ratificación producida.

En otro orden de cosas, finalmente pudiéramos preguntarnos (cuestión que omite el ponente), si no estamos en presencia de una pura gestión de negocios ajenos, en la que con posterioridad, la ratificación de la gestión por parte del dueño del negocio, produce los efectos del mandato expreso. No se olvide que el presunto mandatario o comisionista *actuó sin la autorización* necesaria. Recordemos al respecto, la exégesis lata que la jurisprudencia ha conferido al vocablo «gestión». Habiéndose exigido igualmente que los actos se realicen con finalidad de gestión, *sin mandato*, obrando con desinteresada voluntad, pero sin el propósito de realizar un acto de mera liberalidad, habiendo de ser tales actos necesarios y útiles y *efectuados con ánimo de vincular al dueño* (Sentencias 16 octubre 1978, 2 febrero 1954, 9 abril 1957, véase Iuris, «La Ley», *Legislación, jurisprudencia y Concordancias*, Madrid, 1987, p. 425). (F.L.L.Y.)

25. Irrevocabilidad del mandato.—Según se deduce de la jurisprudencia de esta Sala, la irrevocabilidad del mandato deviene, no sólo cuando existe pacto expreso que así lo establezca, siempre que tal pacto sea conforme con su finalidad y no esté en contradicción con la moral en cuanto es una manifestación de la renuncia de derechos, sino también cuando el mandato no es simple expresión de una relación de confianza o del simple interés del mandante, sino que responde a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que están interesados, no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario y terceras personas, es decir, cuando el mandato es mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente bilateral o plurilateral, que le sirve de causa o razón de ser, y cuya ejecución o cumplimiento exige o aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno solo de los interesados (STS 31 octubre 1987; no ha lugar.)

NOTA.—En el caso de litis, el Tribunal Supremo tiene en cuenta, en primer lugar, los poderes otorgados por todos los componentes de la comunidad a favor de los gerentes de una sociedad anónima, que les facultaba para la compra del solar, gestión de la edificación, declaración de obra nueva, división horizontal y constitución del régimen de propiedad horizontal con redacción de los correspondientes estatutos; en segundo lugar, que difícil o imposible hubiere resultado llevar a feliz término tal objetivo sin la existencia de dichos poderes colectivos, aunque individualmente otorgados, y finalmente, no hay que olvidar que el actor es prácticamente el único de los ciento cincuenta y seis interesados que muestra su disconformidad con lo realizado por los apoderados, pese a haberse subrogado en la obligación del vendedor de los locales de aceptar los estatutos de la comunidad que en su día se dictasen para el total del inmueble. (A.C.S.)

26. Acción de división. Procede, al haber fallecido uno de los socios.—La alternativa clama, siempre, por el éxito de la pretensión del actor de extinguir la agrupación existente que es lo que, básicamente, constituye el mandato de la sentencia de Primera Instancia, toda vez que, aunque apurando la argumentación

en la dirección más favorable al demandado, se aceptase que la remisión que hace el artículo 1.669 del Código a las reglas de la comunidad de bienes, sólo tiene relevancia frente a terceros, que es ante los que, verdaderamente, es oculta la sociedad, no puede olvidarse que ésta se extingue —aparte el supuesto aquí anaplicable del artículo 1.704 del Código civil—, por la muerte de uno de los socios, conforme al artículo 1.700 del Código civil, que establece esta estricta causa de extinción, tanto más operativa en el presente caso, si es que cupiese establecer gradaciones en tal causa de extinción del vínculo asociativo, cuanto que el juego del *intuitus personae*, aparece aquí acentuado por la originaria limitación personal de la discutida sociedad y el texto de la estipulación 5.ª del contrato que, al señalar el cometido específico de cada contratante, en el quehacer común, está manifestando que los interesados no previeron la prolongación del vínculo más allá de sus vicisitudes personales, de modo que, faltando el pacto de continuación, la concurrencia de una causa de disolución provoca la extinción de la sociedad, aunque, de hecho, haya permanecido el estado de cosas hasta entonces existente, sin oposición de nadie, como fenómeno de pura inercia, que ni autoriza a pensar, dada la insensibilidad del Código a la continuidad sin pacto, en una prórroga tácita —que más bien sería una nueva sociedad, a la que por otra parte no se ha aludido siquiera por ninguno de los interesados— ni afectar a la facultad del partícipe sobreviviente, de instar ante la actitud pasiva de los sucesores del fallecido, la declaración judicial de la concurrencia de la causa de disolución y, ya en este punto, sea porque se ha producido, con aquella citada prolongación una especie de comunidad ordinaria (Sentencias 21 septiembre 1907 y 4 julio 1959) susceptible invocar frente a ella el artículo 400 del Código, sea por aplicación del artículo 1.062 del mismo ordenamiento, dada la remisión del artículo 1.708, pedir la enajenación de la cosa común en pública subasta con admisión de licitadores extraños, conforme a lo suplicado en la demanda, tal y como, en esencia, se pronunció la sentencia de Primera Instancia (STS 29 octubre 1987, ha lugar.) (L.F.R.S.)

27. Cobro de lo indebido. Requisitos. Entrega de divisas por entidad extranjera a banco español.—La parte actora, ahora recurrente, *Aginter, Agentur für Devisen-und Depositenvermittlung A.G.*, realizó dos entregas por un total de 4.443.500 francos suizos, que la entidad demandada, y ahora recurrida, ha reconocido haber recibido, pero lo que no se ha probado en forma alguna es que dicha obligación de pago se hubiese contraído sin convenio, ya que existieron relaciones contractuales entre ambas partes litigantes, realizando la actora recurrente operaciones de compra y venta de divisas (dólares y francos suizos) por cuenta de la demandada recurrida, y por todo ello es evidente que la actora no ha probado que la demandada no tuviera derecho a cobrarlas, ni que exista error en el pago; de ahí la conclusión de la sentencia recurrida, que esta Sala de casación acepta, en el sentido de que no se acreditó error en el pago ni que se estuviera fuera de las relaciones contractuales contraídas con más o menos formalidades dentro del actual y complejo tráfico de divisas en los mercados internacionales.

Prueba del error.—En todo caso, aun dentro del cuasicontrato del cobro de lo indebido, caba añadir que ya desde la época del Senadoconsulto Macedoniano, recogido por las Partidas y por el vigente Código civil, era esencial la prueba del error a cargo del demandante para que se diera a su favor la *condictio indebi-*

ti, que había de fundarse en una adquisición sin causa, supuesto contrario al probado en la instancia de esta litis, pues el error del que paga es necesario para el éxito de la pretensión de restitución, error que no se probó, ni en cuanto a los hechos ni de derecho, por lo que no puede en el caso debatido entrar en juego la presunción *juris tantum* que sienta el artículo 1.901, inciso primero, del Código civil, ya que el demandante, si bien ha probado la entrega, no ha probado la falta de causa, causa constituida por las reiteradas relaciones negociales que derivan de los autos (STS 30 septiembre 1987; no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de un caso en el que los hechos se presentan con cierta oscuridad. Me parece que la *ratio decidendi* estriba en que no hay *indebitum* dado que entre las partes han existido relaciones contractuales derivadas del tráfico internacional de divisas, si bien se matiza que tales relaciones han sido contraídas «con más o menos formalidades». ¿Trata de aludirse a posibles irregularidades en la aplicación de la legislación española sobre moneda extranjera, en las que el Tribunal Supremo no quiere entrar? En todo caso, la carga de la prueba de lo indebido (en este caso, *indebitum ex re*) correspondía al actor, y no la ha realizado. La inaplicación del 1901 también parece correcta dado que no se está en presencia de lo no debido o lo ya pagado, habiéndose probado, en cambio, una «justa causa» de la entrega de esa fuerte cantidad de divisas. Sobre el tema, últimamente Ballarín Hernández, *El cobro de lo indebido. Perfiles institucionales y eficacia traslativa* (Madrid 1985), además de los estudios fundamentales de Núñez Lagos, Roca Sastre y Lacruz. (G.G.C.)

28. Culpa extracontractual. Responsabilidad por el hecho de los dependientes.—Se declara probado que don Juan G. R., en su calidad de motorista, estaba adscrito en exclusividad a Agromar, como trabajador de la plantilla de la empresa o fijo de empresa, siendo de cargo de aquella entidad el abono de la retribución directa al mismo, sin perjuicio de que continuase como de plantilla del puerto a los efectos de liquidación y devengos diferidos y de los beneficios de la Seguridad Social, conforme previenen los artículos 28 y 30 de la Ordenanza de Trabajos Portuarios de 29 de marzo de 1974; estas normas reglamentarias, por no tener carácter sustantivo, no permiten la censura casacional, ni en el caso concreto inciden sustancialmente en la relación laboral o en la más amplia de arrendamiento de servicio, debiendo aplicarse la doctrina reiterada recogida en la reciente sentencia de 10 de mayo de 1986 de que a tenor del artículo 1.903 del Código civil la obligación de reparar el daño causado por culpa o negligencia es exigible, no sólo por actos y omisiones propios, sino también por los de aquellas personas de quienes se debe responder, teniendo como fundamento esta responsabilidad una presunción de culpa *in eligendo* o *in vigilando*, o incluso en la creación de un riesgo; y requiriendo una relación jerárquica o de dependencia, más o menos intensa según las circunstancias del caso, entre el ejecutor causante del daño y la empresa o entidad a quien se exige la responsabilidad, porque el que recibe la utilidad de la gestión responde civilmente de la acción u omisión en que el agente pueda incurrir.

Función de la organización de trabajos portuarios.—La Organización de Trabajos Portuarios es un organismo autónomo por razón de sus funciones que nin-

guna responsabilidad tiene, ni *in eligendo*, ni *in vigilando*, respecto de las actividades desarrolladas por los trabajadores que proporciona a las entidades que lo solicitan; lo importante no es el aspecto orgánico del organismo autónomo, sino su aspecto funcional, su provisión de mano de obra a las empresas que lo solicitan, de la clase y para el cometido que interesan, de forma que quedan sometidos a sus órdenes en el trabajo que les encomiendan, percibiendo retribución directa de ellas, salvo determinados devengos y la Seguridad Social, en lo que incide la manera concertada de realizarse el pago.

Defectos formales del recurso.—Basada la sentencia de instancia en una apreciación conjunta de la prueba practicada, no es dable al recurrente desarticularla, para apoyarse en elementos aislados y atribuirles eficacia preponderante; los documentos han de ser literosuficientes, es decir, demostrar por sí mismos lo que se pretende, sin necesidad de exégesis, deducciones o inferencias; las consecuencias jurídicas provenientes de interpretación no pueden impugnarse por vía de error; si lo que se acusa es el error de derecho, ha de citarse una norma valorativa de prueba, la casación civil sólo puede fundarse en normas de esta naturaleza y no en disposiciones que forman parte de una Ordenanza Laboral (STS 21 septiembre 1987; no ha lugar.)

NOTA.—La singular intervención de la Organización de Trabajadores Portuarios en las actividades de carga y descarga de buques mercantes en puertos españoles ha dado pretexto a la empresa demandada, propietaria del buque en el que se hizo la carga y se produjeron los daños por descuido del motorista que manejaba la grúa, para intentar desviar su responsabilidad *ex* artículo 1.903, párrafo 4.º. Con acierto la sentencia analiza las relaciones jurídicas de los obreros contratados para tales operaciones, y llega a la conclusión de declarar la responsabilidad de la empresa contratante. A destacar la referencia a la responsabilidad por riesgo como fundamento del 1.903 junto a las tradicionales culpas *in eligendo* o *in vigilando*. La parte perjudicada ha preferido utilizar la vía extracontractual y no la del contrato mercantil de transporte marítimo. (G.G.C.)

29. Culpa extracontractual. Daños por incendio en finca colindante. Prueba de la culpa. Inversión de la carga de la prueba. Falta de la relación de causalidad.—La doctrina jurisprudencial de la inversión de la carga de la prueba exige, para ser aplicada, que exista una relación de causalidad conocida y comprobada entre la actividad del demandado y el daño, o sea, en el caso que se enjuicia, que le sea atribuible a éste el fuego que causó los daños; y ese nexo de causalidad ha sido lo que ha constituido sin éxito el objeto de las diligencias seguidas y el del juicio del que el presente recurso dimana, existiendo cinco resoluciones judiciales emanadas por órganos judiciales penales, y las dos sentencias de instancia del juicio en las que implícita o expresamente se excluye la imputación del fuego a la actividad del demandado, siquiera no exista duda acerca de que el fuego se originó en el inmueble número 3 y se propagó a la casa número 5, lo cual no es intercambiable con que el fuego procediera de las brasas de los maderos encendidos por el demandado o de un cortocircuito en la instalación eléctrica; falta la relación de causalidad a la que incorporar, por la regla de la inversión de la carga de la prueba, el elemento culpabilístico atribuible al agente, que es lo que se presume, y no la causalidad (STS 24 octubre 1987; no ha lugar.)

NOTA.—En una inicial consideración cabe calificar de regresiva a la doctrina contenida en esta sentencia (Pte. Serena Velloso) dado que el sector de los daños producidos por incendio es uno de los *sensibles* en la jurisprudencia de la Sala 1.^a, no siendo difícil encontrar resoluciones en sentido contrario. Dado que con la producción del incendio desaparecen las pruebas de su originación, la generalización de esta doctrina puede abocar a la no resarcibilidad de los daños causados por ignición. En el presente caso se declara expresamente la relación de causalidad material entre el fuego originado en la casa del demandado y el incendio provocado en el piso del actor. No parecería excesivo hacer recaer sobre el primero la carga de la prueba de no haber sido causante del incendio inicial. Por otra parte, tampoco parece convincente invocar las sentencias absolutorias en vía penal dado que es reiterada la jurisprudencia que les niega eficacia de *res iudicata* en el proceso civil, salvo declaración de inexistencia de hecho que aquí no se da; mucho menos lo es referirse a la absolución en ambas instancias civiles, porque de ser ello un argumento determinante del fallo, ¿para qué sirve el recurso de casación? (G.G.C.)

30. Culpa extracontractual. Daños por obras en finca colindante. Responsabilidad por riesgo. Negligencia del dueño de la obra.—La más progresiva y actual doctrina jurisprudencial reconduce a la responsabilidad por los cauces de una objetivación de la obligación nacida de actos ilícitos, con fundamento último en la responsabilidad por riesgo, y que no admite más prueba que la ruptura o inexistencia del nexo causal; en el presente caso se pone de manifiesto la culposa y negligente conducta del dueño de la obra, quien, carente de conocimientos técnicos relativos a la ejecución de la misma, ordena la construcción del servicio de empalme de tuberías a un simple fontanero, carente de toda garantía técnica, con lo que la culpa aparece con caracteres sobradamente marcados y suficientes para la desestimación del motivo.

Litisconsorcio pasivo necesario. Inaplicación de la doctrina general a la culpa extracontractual.—La doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario encuentra una notable excepción en los supuestos de culpa extracontractual, de una parte, por la especial naturaleza de la coautoría (seguramente, una de las más debatidas en el ámbito jurídico) y por el principio de conservación de los actos procesales, toda vez que es doctrina jurisprudencial matizando la anterior generalizada, la que viene entendiendo que la solidaridad surgida entre los agentes a quienes alcanza la responsabilidad por el acto ilícito culposo, con pluralidad de sujetos pasivos y la posibilidad consiguiente de que el perjudicado pueda dirigirse contra cualquiera de ellos, descarta toda posibilidad de apreciar una situación de litis consorcio pasivo necesario en el ámbito de la culpa extracontractual (Ss de 16 marzo 1971, 28 mayo 1982 y 28 enero 1986).

Legitimación activa.—La legitimación activa en la reclamación del importe de los daños y perjuicios causados por culpa extracontractual es predicable siempre de aquel que hubiera sufrido el daño, y en el presente caso, acreditada en autos la cualidad de propietaria de la autora, que fue la que soportó los daños y perjuicios, es vista la concurrencia de la necesaria legitimación activa de la postulante en Primera Instancia (STS 16 octubre 1987; no ha lugar.)

NOTA.—Incide la sentencia extractada en declaraciones *obiter dictum* que nada ayudan para encontrar la justificación del daño. Es patente la negligencia de quien, ignorando las reglas de la construcción, encarga una obra de cierta entidad a un simple fontanero. Obsérvese de pasada que el Tribunal Supremo aplica la presunción de inocencia a este último. Surge la pregunta ¿por qué se proclama «la objetivación de la obligación nacida de actos ilícitos» y el principio de la «responsabilidad por riesgo»? ¿Se trata de dejar bien claro que en este sector de la vida económica, constituido por los daños que son consecuencia de obras en edificios colindantes es ya doctrina consolidada la vigencia del citado principio? No parece que, sin matizaciones, pueda sostenerse con generalidad tal aserto. (G.G.C.)

4. DERECHOS REALES

31. Superficie urbanística. Prórroga de plazo. Cláusula «*rebus sic stantibus*».

Requisitos.—A partir de la importante sentencia de 13 de junio de 1944, la doctrina ya consolidada estima como premisas imprescindibles para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*: 1.^ª) alteración extraordinaria de las circunstancias, al momento de cumplir el contrato, con relación a las concurrentes al tiempo de su celebración; 2.^ª) desproporción exorbitante entre las prestaciones de las partes contratantes, que derrumbe el contrato por aniquilamiento de las prestaciones; 3.^ª) que todo ello acontezca por la supervivencia de circunstancias radicalmente imprevisibles, y 4.^ª) que se carezca de otro medio de remediar y salvar el perjuicio; y ello indica la extremada cautela de su aplicación, pues no en balde el propio artículo 3.º.2 del Código civil dice que «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita».

Inaplicabilidad a los derechos reales de la cláusula «*rebus sic stantibus*».—Por su carácter de derecho real con virtualidad *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad, el derecho de superficie está sometido a un estatuto cuya rigidez no encaja con las doctrinas propugnadas por la recurrente, que son propias de las relaciones negociales de índole personal dentro del campo del Derecho de Obligaciones, en las que su natural fluidez propicia esas medidas en pro de la mayor ponderación de las prestaciones recíprocas; por otra parte no hay que olvidar: a) que el aumento del valor del inmueble no es consecuencia de una prestación continua o permanente y periódica de la Sociedad recurrente, sino que es producto tan extrínseco a la dinámica negocial como lo es la plusvalía, es decir, el resultado del genèral y común descenso del valor de las monedas en que se cifra dicho valor, pero la construcción de los edificios y demás elementos inmuebles del complejo hotelero fueron una prestación convenida a la que se obligaba la empresa superficiaria, pero aquella prestación por su propia naturaleza constituyó una realización de tracto único, que se agotó en el transcurso de los dos primeros años de la vigencia del derecho de superficie, sin que la actividad negocial de la superficiaria haya contribuido en la obtención de su aumento de valor; b) que el aumento de valor era una circunstancia tan previsible que en el propio contrato se va aumentando el canon a satisfacer por

la recurrente en el transcurso de los años, porque a los contratantes no podía serles desconocido, por ser notorio y de común conocimiento, el mayor costo de la vida por la devaluación monetaria, operando como una cláusula convenida y concretada específicamente en punto a su cuantía, de estabilización de las prestaciones recíprocas, y c) no será lógicamente tan irritante y oneroso el supuesto desequilibrio de dichas prestaciones cuando la parte recurrente propugna la continuación del derecho de superficie, sin importarle la cuantía del canon en la prórroga (STS 6 octubre 1987; no ha lugar.)

NOTA.—Se trataba de la cesión de una casa-torre y terreno adjunto de 3.345 metros cuadrados, situados en Sitges, constituyendo un derecho real de superficie urbanística, a una empresa que se proponía construir un complejo hotelero, por una duración de 17 años, que expiraban el 31 de diciembre de 1981. Llegado el momento de la reversión de lo edificado, la empresa superficiaria solicita la prórroga del derecho real de superficie, invocando la conocida cláusula. Se rechaza la demanda en ambas instancias, y se estima la reconvencción que pide la extinción de la concesión superficiaria. El Tribunal Supremo desestima el recurso con base en la doctrina extractada.

Varias circunstancias coadyuvan a resaltar la importancia de esta sentencia: 1.^a) la reiteración de una doctrina jurisprudencial, cuya admisión se ratifica con base en la equidad, pero cuya aplicación efectiva cada vez se dificulta más; 2.^a) las escasas manifestaciones de la superficie urbanística constituida por particulares, si bien en Cataluña hay tradición de formas de desmembración del dominio, y 3.^a) la vinculación del caso al *boom* turístico, que en el período de duración del derecho litigioso desbordó todas las previsiones.

La argumentación de la sentencia se presenta rigurosamente vertebrada (Pte. Malpica González-Elipe), con un *propter dicta* muy claro (la doctrina *rebus sic stantibus* no es aplicable a los derechos reales, regidos por normas preferentemente imperativas que forman un estatuto de carácter rígido), al que se añade *obiter* una minuciosa argumentación demostrativa de que los requisitos jurisprudenciales tampoco son aplicables al caso concreto. Ello, acaso, puede ser indicio de una falta de seguridad en la argumentación fundamental. En efecto, no cabe desconocer que en el nacimiento del derecho de superficie cuestionado hay un contrato, con prestaciones que se prolongan en el tiempo, aunque, previa la inscripción en el Registro surja a favor del superficiario un derecho real limitado de goce. Mientras dura este derecho, coexisten relaciones de carácter real y otras de tipo obligatorio (por ejemplo, la de construir por parte de la empresa superficie, cuya calificación de tracto único por la sentencia suscita reservas).

En la sentencia se destaca que las partes previeron el fenómeno inflacionario y mediante sucesivos pactos fueron elevando la cuantía del canon, con lo cual se descarta el requisito de la imprevisibilidad.

Con todo, es posible que el planteamiento económico que hicieron las partes al constituir la superficie fuera desbordado por los acontecimientos

subsiguientes, y que, en efecto, el plazo de duración pactado fuera insuficiente para una explotación rentable del complejo hotelero construido. Pero queda la duda de si la vía adecuada era la escogida. (G.G.C.)

32. Conjunto residencial o urbanización privada. Nulidad de acuerdos adoptados en Junta General Extraordinaria, en segunda convocatoria. Competencia objetiva.—La motivación decae, en cuanto parte de una inexacta a la vez que personalmente interesada interpretación de la normativa que se dice infringida, al pretender atribuir a la denominada Justicia de Distrito la competencia para conocer de la litis que aquí concluye. El error radica, como se desprende de la sentencia impugnada, en no haber tenido en cuenta que la norma 5.^a del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal que se dice infringido, viene referido única y exclusivamente a los supuestos descritos en el párrafo tercero de su norma segunda, así como en la tercera, ninguno de los cuales es el aquí comprendido.

Las consecuencias del acuerdo impiden en absoluto el acceso al local comercial del impugnante.—Nada tampoco se ha hecho para acreditar la verdadera situación fáctica existente en el lugar de autos en orden a las consecuencias que la instalación de los tubos en U hayan podido producir, ni en favor de la tesis sustentada por la actora ni en la que es mantenida por la demandada y aquí recurrente, todo lo cual conduce ineludiblemente a aceptar la declaración contenida en el fundamento 4.^o de la sentencia impugnada de que «la instalación de tales arcos de hierro impiden en absoluto el acceso al local comercial de vehículos, habida cuenta que su destino no es otro que la exposición de automóviles». Por último y en cuanto a la infracción del artículo 6.^o de la Ley de Propiedad Horizontal que se acusa, su alegación es inoportuna dado que viene referido a los Reglamentos y no a los Estatutos.

Requisitos de la segunda convocatoria de la Junta.—Esta Sala, ya en sentencia de 13 de octubre de 1982, interpretando el citado artículo, norma y párrafo estableció que la validez de los acuerdos que hayan de adoptarse por mayoría caso de no concurrir el «quorum» exigido por la Ley, exigen se haga «una nueva convocatoria con los mismos requisitos que la primera», lo cual es distinto de lo aquí verificado, esto es, realizar en la misma citación las dos convocatorias conjuntamente y para el mismo día, con media hora de diferencia entre una y otra. La citación hecha vulnera, por tanto, la clara dicción del párrafo segundo de la norma segunda del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal y la exégesis que del mismo realizó esta Sala en la sentencia que se ha dejado indicada. Y si bien es cierto que por un viciado aun cuando generalizado uso, posiblemente inspirado en una también viciada práctica inspirada en las convocatorias de las Sociedades Anónimas (artículo 53 de su Ley reguladora), se vienen refundiendo en las citaciones para las referentes a la Propiedad Horizontal ambas convocatorias con un lapso de tiempo entre una y otra que no suele exceder de las dos horas, ello, en este régimen de bienes, constituye un uso o práctica «contra Legem» y por lo tanto originador de nulidad radical.

El orden del día de la convocatoria no contenía el epígrafe «Ruegos y preguntas».—La convocatoria enviada a los propietarios para la indicada Junta Extraordinaria, no contenía el epígrafe «Ruegos y preguntas», que aun cuando en términos generales suele ir referido a asuntos no demasiado trascendentes y generalmente

de orden interno, en el caso aquí contemplado no acontecía así como acredita este proceso. Resulta evidentemente sorprendente para la buena fe de los copropietarios asistentes a estas Juntas, enfrentarse con unos «Ruegos y preguntas» de la entidad de los comprendidos en el epígrafe aquí estudiado. Y si bien es cierto que en el supuesto contemplado, las circunstancias de no haber opuesto objeción alguna Copravesa, asistente a la misma, encierra un tácito asentimiento a su tratamiento y votación, no lo es menos que si se hubiera formulado y justificado su protesta el mantenimiento en la Junta de dichos «Ruegos y preguntas» habría sido causa de nulidad de todo lo bajo ese aspecto tratado y discutido. (STS 9 octubre 1987; no ha lugar.) (L.F.R.S.)

33. Aprovechamiento de las aguas. Servidumbre de acueducto.—El derecho de aprovechamiento por un tercero de las aguas que nacen en un fundo de propiedad privada, en los supuestos en que el dueño de éste no las aprovecha en su totalidad o en parte (arts. 10, 11 y 14 de la Ley de Aguas), *sólo tiene lugar cuando «las aguas no aprovechadas salen del predio donde nacieron y entran naturalmente a discurrir por otro de propiedad privada».* A partir de ese momento, los dueños de tales predios «inferiormente situados y los lateralmente en su caso, adquieren por orden de su colocación, la opción de aprovechar aquellas aguas y consolidar por el uso no interrumpido de su derecho» (arts. 5 y 10 de la Ley de Aguas a los que expresamente remite su art. 14). Pero lo que no pueden hacer los dueños de tales predios inferiores o laterales, ni por supuesto ningún tercero, es penetrar en la propiedad privada para buscar aguas o usar de ellas sin la licencia de sus dueños por prohibirlo terminantemente el artículo 414 del Código civil y el 127 de la repetida Ley de Aguas.

Partiendo, pues, de la inexistencia de derecho por parte del recurrente al aprovechamiento abusivo que ha llevado a efecto, huelga hablar de servidumbre forzosa de acueducto, cuyo principal requisito consiste precisamente en acreditar el derecho a la disponibilidad de las aguas cuya condición se intente (STS 17 septiembre 1987; ha lugar en cuanto a la condena a indemnizar daños y perjuicios, rechazando el recurso en todo lo demás.)

NOTA.—Hay que tener presente que el asunto se sustancia y resuelve conforme a la previgente Ley de Aguas. En consecuencia interesa destacar las cuestiones siguientes: En primer lugar que no hay derecho a las aguas, puesto que conforme a la redacción anterior del artículo 5 de la citada ley, tanto en los predios de los particulares, como en los de la propiedad del Estado..., las aguas que en ellos nacen continua o discontinuamente pertenecen *al dueño respectivo* para su uso o aprovechamiento, mientras discurren por los mismos predios. En cuanto las aguas no aprovechadas salen del predio donde nacieron, ya son públicas, para los efectos de la presente ley. Mas si después de haber salido del predio donde nacen, entran *naturalmente* a discurrir por otro de propiedad privada..., el dueño de dicho predio puede aprovecharlas...

Luego, como se ha reconocido jurisprudencialmente, es que la norma del artículo 407.2 del Código civil cede en el específico caso previsto en el artículo 408, de que las aguas continuas y discontinuas de manantiales

y arroyos que corren por sus cauces naturales nazcan en predios de dominio privado, mientras discurren por ellos (Sentencia 14 marzo 1979).

En el supuesto que comentamos sucintamente se infringe el artículo 5, puesto que las aguas *no entran naturalmente* a discurrir por otro predio de propiedad privada, por lo que no puede haber aprovechamiento. Ya que en el caso de autos lo que hizo el recurrente fue realizar el aprovechamiento «por medios artificiales, no por el cauce natural del agua y desde que ésta sale de la finca, sino que la toma del agua se realizó en el mismo manantial con la construcción de una arqueta de cemento...

Sólo basta concluir el presente apartado remitiéndonos de *lege lata* al artículo 2 de la vigente Ley de Aguas, en el que de su tenor se desprende la desaparición del aludido aprovechamiento particular que analizábamos *supra*, ya que prácticamente todas las aguas pasan a ser de dominio público. Asimismo es necesario traer a colación la disposición derogatoria de la ley de aguas de *iure conditio* en lo que afecta a los artículos 407 a 425 del Código civil, puesto que quedan derogadas dichas disposiciones en cuanto se opongan a lo establecido en la presente ley.

En segundo lugar, no cabe hablar de servidumbre forzosa de acueducto, ya que no se acredita el primer requisito del artículo 588, puesto que como de todos es sabido, todo el que se quiera servir de agua para un finca suya, está obligado a justificar que puede disponer del agua y que ésta es suficiente para el uso a que la destina; y no puede traerse ciertamente a colación el anterior artículo 14 de la previgente Ley de Aguas, puesto que en el caso de autos, sólo tendría virtualidad operativa dicho precepto cuando las aguas no aprovechadas salen del predio donde nacieron y entran *naturalmente* a discurrir por otro de propiedad privada, lo que no ocurre en el supuesto que analizamos, ya que el recurrente llevó a cabo el aprovechamiento por medios artificiales y no por el cauce natural del agua. (F.L.L.Y.)

34. Concepto de Precario.—Es conveniente resaltar que si el contrato de arrendamiento quedó extinguido por esa cláusula suscrita el 17 de julio de 1980, dada la bilateralidad y onerosidad del contrato locativo (art. 1.543 del Código civil) que quedó sin efecto en virtud de la misma, quíerese decir que automáticamente quedó, al faltar toda clase de especificaciones contractuales, en una situación de precario, de carácter residual, acorde con la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 18 junio 1900, 30 junio 1953 y 30 octubre 1986), en la que sintéticamente se define su concepto como el que corresponde a todo disfrute o simple tenencia de una cosa sin título o sin pagar merced por voluntad de su poseedor o sin ella, de suerte que el hecho de pagar merced que excluya la condición de precarista, no está constituida por la mera entrega de una cantidad de dinero, sino que ha de ser esa entrega por cuenta propia y a título de renta o de alquiler del arrendamiento constituido o presunto a nombre del que paga, sin que equivalga a la renta los gastos o pagos que pesen sobre el ocupante de los bienes por otros conceptos y en su propia utilidad (luz, contribuciones, gas, calefacción, conservación, etc.).

Convenio de alteración objetiva con sustitución global.—Al extinguirse el arrendamiento sobre el inmueble en virtud de la cláusula final de 17 de julio de 1980, quedó extinguido el negocio totalmente, sin persistencia de los demás elementos que los constituyen aparte del precio, es decir, que el tiempo convenido y el destino como integrantes de aquel negocio bilateral, sólo subsisten en cuanto puedan quedar enmarcados dentro de la negociación convenida en la cláusula conforme al artículo 1.204 del Código civil, pero de una forma expresa y terminante (STS 22 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—El demandado era arrendatario de un bungalow de la actora. Debido a las relaciones sentimentales que mantenían, la arrendadora suscribió al dorso del contrato de arrendamiento esta declaración: «Yo, Gabriele Borchert exhimo (sic) a don Karl Fischer de sus pagos mensuales de renta. Deberá continuar ocupándose de los gastos corrientes. Si algo ocurriera a mi o a mi hijo, el señor Fischer podrá hacerse inscribir como propietario de esta finca en arrendamiento, el apartamento Puntillo del Sol...». Finalizadas las relaciones amorosa, la actora pretende dar por finalizada la situación de precario en que se había convertido la primitiva relación arrendaticia. (L.F.R.S.)

35. Derecho de opción.—El derecho de opción no tiene naturaleza de derecho real y sí sólo de personal, y, como tal, quedaría sujeto a las reglas del número 4.º del 1.923 del Código civil (y no del 3.º, como erróneamente se dice en el recurso y en la propia sentencia que se impugna), pues la anotación preventiva de embargo se produjo el 9 de octubre de 1981 y la opción se ejercitó el 15 de octubre de 1982 y sólo hasta el 29 de octubre siguiente no se presentó la escritura de compraventa en el Registro de la Propiedad; y porque, en definitiva, la sentencia firme de remate se produjo el 30 de junio de 1981 a la par que la opción, en su última prórroga, se produjo en escritura de 30 de septiembre de 1983. Finalmente, hay que tener en cuenta que al haberse ejercitado el derecho de opción en fecha 15 de octubre de 1982, su ejercicio fue extemporáneo y fuera del plazo establecido en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, es decir, cuando ya habían transcurrido cuatro años a contar del nacimiento del derecho de opción en escritura de 4 de noviembre de 1977 y se encontraba en el quinto año de prórroga establecido en escritura de 30 de septiembre de 1981, a contar desde el 4 de noviembre de 1977 (STS 9 octubre 1987; no ha lugar.)

NOTA.—Realmente, a nuestro juicio entendemos que es importante resaltar el siguiente extremo: ¿la opción se inscribió efectivamente? Parece deducirse de la documentación de que disponemos que no se ha inscrito. En caso contrario, operaría como condición resolutoria para todos los actos posteriores, y que por lo tanto quedarían sin efecto, teniendo que cancelarse. Obviamente, si se hubiera inscrito la opción, no hubiera prevalecido el embargo.

En el supuesto de autos, parece que se enjuicia el caso litigioso, partiendo del dato de que no hay inscripción de la opción, con lo que prevalece el embargo, porque se entiende que la opción no es un acto dispositivo. De todos es conocido que los «actos dispositivos» *aún no inscritos* prevale-

cen frente al embargo anotado. No obstante, en el supuesto resuelto en la presente sentencia, el ejercicio de la opción no hubiera prosperado, ya que en virtud de las sucesivas prórrogas se había rebasado el plazo de 4 años establecido en el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. (F.L.L.Y.)

5. DERECHO DE FAMILIA

36. Capitulaciones matrimoniales. Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Improcedencia de la acción rescisoria por fraude de acreedores.—Es doctrina mantenida por esta Sala la relativa a que siendo requisito esencial para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude, la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe y dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria, que sólo pueda ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, dicho requisito no concurre en los supuestos de disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigentes el matrimonio, que no perjudican los derechos ya adquiridos por terceros (Sentencias de 15 y 17 febrero 1986 y 16 febrero 1987), doctrina ésta que no deviene incompatible con la sustentada en las sentencias recogidas en el fundamento 6.º de la recurrida, puesto que su observancia ha de ceder frente a supuestos, como el de autos, en que al acreedor se le ofrecen posibilidades suficientes para lograr el pago de la deuda. (STS 14 octubre 1987; ha lugar.)

HECHOS.—Una compañía mercantil anónima promovió demanda contra un matrimonio en ejercicio de la acción rescisoria, por entender que las capitulaciones matrimoniales habían sido realizadas en fraude de acreedores.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó esta sentencia y declaró rescindida, por fraude de acreedores, la escritura de capitulaciones matrimoniales, ordenando cancelar las inscripciones efectuadas en el Registro de la Propiedad en virtud de las adjudicaciones verificadas. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, ya que no ha quedado probada la imposibilidad de cobrar el débito.

37. Capitulaciones matrimoniales: disolución y liquidación de la sociedad de gananciales. Deudas contraídas por el marido en el ejercicio del comercio. Protección de los derechos adquiridos por los acreedores.—Es de completa aplicación al caso la doctrina sancionada por la sentencia de esta Sala de 4 de mayo de 1987, expresiva de que según estableció el párrafo último del artículo 1.322 del Código civil, en la redacción que le fue dada por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas durante el matrimonio no perjudicarán en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, conteniendo idéntica disposición el artículo 1.317 del propio Código, tal como quedó redactado por la reforma introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en el Título III de su Libro IV, siendo inconcuso que la aplicación de la citada normativa determina que la responsabilidad del patrimonio ganancial existente con anterioridad a la disolución y liquidación de la sociedad del mismo carácter, perviva al efecto de que sobre los bienes que integraban dicho patrimonio puedan

hacerse efectivas las deudas contraídas por el marido en el ejercicio del comercio que, con conocimiento y sin oposición expresa de la esposa, venía desarrollando, responsabilidad del patrimonio ganancial que, por otra parte, no significa la invalidez de la escritura en que se estipuló el régimen de separación de bienes, se liquidó la preexistente sociedad de gananciales y se adjudicaron los bienes de la misma, siendo, por ende, innecesario a fin de hacer efectivas sobre tales bienes las deudas anteriores y de las que debían responder pedir la nulidad de la referida escritura o adjudicaciones, ya que lo que el precepto que se supone vulnerado consagra es una responsabilidad «ex legem», inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en consecuencia, no requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o nulidad de clase alguna. (STS 10 septiembre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—El Juez de Primera Instancia dictó sentencia en la que estimó en parte la demanda interpuesta por una sociedad anónima contra los cónyuges, condenando al marido a pagar a la entidad demandante una determinada suma por las mercancías que no fueron satisfechas, y ordenó que si no se efectuaba voluntariamente el pago, se verificará a cargo de sus bienes propios, y en su defecto, con los adjudicados a la demandada en la escritura de capitulaciones matrimoniales, en las que se disolvió y liquidó la sociedad de gananciales. La Audiencia Territorial estimó parcialmente la apelación, fijando una suma superior. No prospera el recurso de casación.

38. Donación del marido a la mujer de una parte indivisa de un yate.—Siendo el yate cuestionado un bien mueble, de acuerdo con el tenor literal del artículo 585 del Código de comercio, al menos a los efectos de su donación, es obvio que deberán entenderse cumplidos los requisitos mencionados en el artículo 632, tanto si entendemos que la donación fue simplemente verbal, toda vez que el yate fue inmediatamente poseído por la esposa, como si se reputa que la donación fue escrita, ya que cabe atribuir tal valor a la inscripción del yate en el Registro de la Propiedad mercantil, operándose en este caso la aceptación de la esposa donataria, al consentir tal inscripción.

Donación entre cónyuges. Aplicación del artículo 20 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña.—No puede entenderse que el contenido del artículo 20, en su anterior, y menos aún en cuanto admite la posibilidad en ciertos supuestos de las donaciones entre cónyuges, así como la validez de la revocación de las donaciones, respetando con ello el principio de la autonomía de la voluntad e impidiendo la posibilidad de discriminación por razón del matrimonio de los actos jurídicos de los esposos, pueda resultar contraria a ninguno de los preceptos de la Constitución, por lo que no puede concluirse su derogación por la Carta Constitucional. Tampoco puede predicarse, como hace la recurrente, la aplicación en el supuesto de autos de los artículos 1.323 y 1.324 del Código civil, máxime cuando existía en el momento de la perfección de la donación un precepto foral especial, el del artículo 20 de la Compilación catalana, aplicable al supuesto fáctico hoy contemplado, por lo que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en la sentencia de 4 de febrero de 1983, dictada en aplicación a la Disposición final 2.ª en relación con el artículo 1.º de ella,

las disposiciones de la Compilación regirán con preferencia el Código civil, y solamente en lo no previsto en aquélla se aplicarán los preceptos del Código que no se opongan a las fuentes jurídicas de aplicación general.

Doctrina de los propios actos.—En orden al alcance de la doctrina de los actos propios tiene declarado esta Sala que los actos propios contra los que no es lícito accionar son aquellos que, por su carácter transcendental o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto, y que los actos propios, para ser tenidos como expresión del consentimiento, han de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo inalterablemente la situación jurídica del autor de los mismos. (STS 5 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—El marido solicitó la nulidad de la donación efectuada en favor de la mujer, consistente en una parte indivisa de un yate, en base a la revocación expresa de dicha donación. En consecuencia, pertenece dicho yate en propiedad al actor y a la demandada, y en virtud de la *actio communi dividundo* procede la venta del yate en pública subasta, entregándose a cada uno de los copropietarios la parte que le corresponde del precio obtenido.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda. No prospera el recurso de casación.

6. DERECHO DE SUCESIONES

39. Interpretación de testamento. Doctrina general. Derecho catalán.—La actividad interpretativa testamentaria constituye un quehacer de la soberana incumbencia del Tribunal de instancia, respetable en casación mientras se mantenga dentro de criterios racionales y no desemboque en lo arbitrario, hasta el extremo de tergiversar manifiestamente el texto de la disposición testamentaria, supuestos en los que no se excluye el acceso a la casación; la aplicación del artículo 675 del Código civil ha de hacerse con un criterio subjetivista, aspirando siempre a descubrir la voluntad del testador, por lo que, aunque la primera regla del precepto sea la literalidad, puede acudir, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, tratando de armonizar, en lo posible, las distintas cláusulas del mismo, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios extrínsecos, o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta.

Institución de heredero con prohibición de disponer. Sustitución vulgar y fideicomisaria.—En la cláusula discutida se perfilan dos partes perfectamente diferenciadas: la primera contiene una institución de heredero a favor del hijo del causante, seguida de una prohibición temporal de disponer: «Quien no podrá disponer de la herencia libremente, hasta haber cumplido la edad de 25 años, o antes si se casare y tuviere hijos», disposición cuya interpretación no ha ofrecido duda alguna salvo el alcance que deba darse a la expresión «disponer libre-

mente»; en la segunda parte de la cláusula se ordenan una serie de sustituciones: a) una primera vulgar, en favor de las mismas personas a las que después se referirá, para los casos de premoriencia del heredero, o para los supuestos en que no llegue a serlo, y b) una segunda sustitución fideicomisaria de carácter condicional, instituida para después de la muerte del heredero fiduciario, y sujeta a las condiciones alternativas siguientes: «para el caso de morir (el heredero) antes de haber cumplido la edad de 25 años, o sin tener o haber tenido hijos legítimos o naturales, uno o más»; y necesariamente hay que entender que existen dos condiciones distintas, separadas por la partícula disyuntiva «o», y referidas a dos supuestos disjuntos, con la circunstancia de que la concurrencia de cada uno de estos supuestos por separado dará lugar al nacimiento de la sustitución fideicomisaria: o que muera el heredero antes de los 25 años, o que aun muriendo después no tenga descendencia.

Fideicomiso de residuo. Facultad de disponer «inter vivos».—El testamento constituye una unidad donde está plasmada la voluntad del testador, y sus distintas disposiciones es preciso interpretarlas integrándolas armónicamente, de modo que pueda extraerse la verdadera y completa voluntad de disponente; de este modo la facultad de disponer libremente de la herencia hay que interpretarla poniéndola en relación con la sustitución fideicomisaria que se dispone en la segunda parte de la cláusula, y entender que el testador sólo le autorizaba a disponer libremente por actos *inter vivos*, pues de otro modo se produciría una contradicción insalvable al admitir una sustitución fideicomisaria en la que el fiduciario estaba autorizado a disponer por testamento.

Derecho catalán. Diferencia con la sustitución preventiva de residuo.—Necesariamente nos encontramos frente a un fideicomiso de la clase de los de residuo, definido y regulado en el artículo 210.1.º de la Compilación de Cataluña, coincidente con la legislación anterior, y por virtud del cual el testador, después de instituir heredero a su hijo, dispone unas sustituciones vulgares, y le grava con una sustitución fideicomisaria condicional, para después de su muerte, facultándole, no obstante, para disponer libremente de los bienes hereditarios por actos *inter vivos*, con la obligación de hacer tránsito al fideicomisario de los bienes que no hubiere dispuesto, no pudiéndose entender que existió una sustitución preventiva de residuo, regulada en el artículo 210.2, pues para ello hubiera sido precisa la autorización expresa del testador para disponer por actos *mortis causa* (STS 2 septiembre 1985; ha lugar) (G.G.C.).

40. Preferencia genealógica a título nobiliario.—En el pleito objeto del recurso ha de prevalecer el derecho del actor sobre la demandada al quedar excluido el derecho de representación en tanto en cuanto las partes están en línea colateral, tanto respecto del fundador del título o merced como al último poseedor legítimo, al *venir determinada la preferencia por el mejor derecho genealógico*, proximidad de grado o propinquidad y no ser aplicable la Ley 45 de Toro, al tratarse de sucesión irregular.

Interpretación de las normas que rigen el derecho nobiliario.—Es doctrina jurisprudencial que la exégesis de las normas que disciplinan el derecho nobiliario, siguen las pautas de las reglas establecidas para los negocios jurídicos relegados

al Tribunal *a quo*, en tanto en cuanto no se ha demostrado que carezca de base (STS 27 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—La ley de 4 de mayo de 1948 que restableció las disposiciones vigentes hasta el 14 de abril de 1931 sobre concesión, rehabilitación y transmisión de Grandezas y Títulos del Reino, tuvo su desarrollo posterior en el Decreto de 4 de junio del mismo año, que en su artículo 5.º dispuso que el orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el Título de concesión, y en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia. Siguiendo este criterio, al ser ley fundamental aquella a que el título viene vinculado a un mayorazgo, la carta de creación es la genuina y expresiva de la voluntad del fundador, estándose a la carta de creación del mayorazgo que expresamente repudian el orden de sucesión establecida en Las Partidas, Leyes de Toro y Novísima Recopilación, y se rechaza y prohíbe el derecho de representación, con la consiguiente llamada al próximo pariente vivo en el momento de fallecimiento del último poseedor, sin que el que premuera transmita derecho al hijo.

NOTA.—Es notorio por tanto, y coincidimos con el sentir de la doctrina más especializada (Jiménez Asenjo, *Régimen jurídico de los títulos de nobleza*, Barcelona, 1955) que la sucesión de los títulos nobiliarios se registrará por lo determinado en el título de concesión y, en el defecto de *determinación sucesoria en el título*, se seguirá el orden tradicional; y éste es, según doctrina y jurisprudencia, el establecido para la sucesión de la Corona, hoy fijado en el artículo 57 de la Constitución, dicho precepto contempla la preferencia genealógica en el orden de sucesión al título nobiliario, a saber: el de mejor línea, en su defecto, el de mejor grado. En igualdad de grado, el varón antes que la mujer. En igualdad total, el de mayor edad.

En consideración al punto neurálgico del litigio referido a la admisibilidad del derecho de representación en la línea colateral, debe concluirse que no se da, ya que a tenor de las disposiciones históricas y como ha argumentado la opinión de la doctrina más autorizada (Lacruz Sancho Rebullida, *Derecho de Sucesiones*, Bosch, 1981, p. 615) el colateral más próximo, por remoto que sea, sucede por derecho propio. Lo cierto es que una reiterada jurisprudencia (que citan los autores a los que seguimos en este sucinto comentario) ha declarado que conforme a Las Partidas y Novísima Recopilación, la anteposición de la mejor línea desaparece cuando se han extinguido las líneas descendentes; que la dignidad se transmite en tal supuesto «el más propincuo pariente», siendo la proximidad en el grado y no la línea, la que debe presidir la provisión, que el título corresponde al pariente colateral más próximo, que entre colaterales no hay distinción de líneas ni preferencias derivadas del hecho de que unos enlacen con el causante por parte de padre y otros por parte de madre, y en suma, que en la sucesión colateral sólo operan tres criterios de preferencia: 1.º) el grado; 2.º) el sexo, con igualdad de grado, y 3.º) la edad en igualdad de grado y sexo (Sentencias 30 marzo 1859, 7 marzo 1919, 12 junio 1924, 8 noviembre 1927, 25 junio y 24 diciembre 1952, 19 y 26 de octubre y

19 noviembre 1955, 10 octubre 1960, 20 marzo y 16 noviembre 1961, 31 diciembre 1965, etc...).

En relación con la naturaleza del título nobiliario, estamos de acuerdo con Vallterra Fernández cuando explica con razón que, si bien el título nobiliario (transmisible de acuerdo con las normas a tal fin establecidas por la propia Carta de Creación, por la voluntad del poseedor o, en su defecto, por las disposiciones tradicionalmente aplicadas en este materia) afecta a la personalidad y a la familia, no constituye un propio derecho de la personalidad ni un *status especial*. (*El Derecho nobiliario español*, Ministerio de Justicia, Madrid 1982).

Efectivamente, como destacó la sentencia de 24 de mayo de 1982, del Tribunal Constitucional, el título nobiliario no es en su origen un derecho inherente objetivamente a la personalidad, sino derivado simplemente de la libérrima voluntad del concedente.

Finalmente, a los efectos de fijar los caracteres propios de los títulos nobiliarios, remitimos a la doctrina indicada y a la jurisprudencia *ad hoc* (Sentencias 25 junio 1955, 11 noviembre 1955, 4 noviembre 1957, 21 mayo 1964 y 8 abril 1972) que destaca su carácter de graciable (motivo de la concesión), inalienable (condición de indisponibles), permanente, vinculantes (por razón de sucesión). (F.L.L.Y.)

41. Usufructuario universal y heredero. Diferencias sustanciales.—En cuanto que la herencia implica una adquisición traslativa de dominio, en tanto que el usufructo, aunque también adquisitivo, es constitutivo de un derecho real en cosa ajena, en cuanto el usufructuario, a diferencia del heredero, no entra directamente en la posesión y disfrute de los bienes hereditarios, sino que ha de recibirla del heredero o albacea, y en cuanto el heredero responde de las deudas hereditarias con los bienes de la herencia y con los suyos propios, salvo beneficio de inventario, mientras que el usufructuario no soporta tal responsabilidad, salvo casos excepcionales (arts. 506, 508 y 891 del Código civil), y si además no se olvida que es el nudo propietario el sucesor en la universalidad de las relaciones jurídicas activas y pasivas de la herencia, no siendo el usufructuario, aunque lo sea universal, más que un sucesor en los bienes, es decir, en la parte activa del patrimonio (STS 20 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—Aplicable al caso la normativa anterior a la ley de 13 de mayo de 1981, por haber tenido lugar el fallecimiento del causante antes de su entrada en vigor, todo el problema litigioso queda centrado en determinar *a la luz tal regulación*, cual será el sentido y alcance que deba darse a la cláusula testamentaria por la que «en la totalidad de todos sus bienes, derechos y acciones, instituye y nombra por sus herederos en usufructo vitalicio a sus tres hermanos y en nuda propiedad consolidable con el usufructo a la muerte de los herederos de este derecho, a su esposa, y, más concretamente, si estamos en presencia de una institución a título universal o ante un legado.

NOTA.—Efectivamente, como se colige del primer ordinal de los fundamentos de derecho, la *versata quaestio* consistía en discernir si estamos en presencia de una institución a título universal o ante un legado, pues si consideramos que *prevalece el nomen* frente a la *assignatio*, en otras palabras, la institución de herederos, la conclusión no podía ser otra que la siguiente: al producirse una preterición (a la sazón del hijo adoptivo simple) se anulaba la institución de herederos *in totum*; por el contrario, si entendiésemos que la mentada cláusula, a pesar de su tenor literal, encerraba intrínsecamente una disposición a título singular, la solución sería distinta, pues aun cuando la preterición conlleva esa *vis atractiva* —anulación de la institución de herederos— no obstante (tanto la redacción previgente con la cual se resuelve y razonamos este litigio, como *mutatis mutandis* con la redacción actual) se declaran válidas las mandas y *legados*. Por lo que en el supuesto de autos, quizá cupiera entender en todo caso que se redujera la institución, si el legado resultara inoficioso, siempre y cuando, debemos insistir, consideremos que nos encontramos en presencia de una disposición a título singular. En conclusión estamos con la opinión de la doctrina, según la cual el llamamiento en usufructo (como el supuesto de autos) no atribuye un contenido adecuado a la calificación de heredero. Si bien es posible que a un heredero se le individualice su cuota concretándole en su usufructo, en este caso el usufructo no estará en la disposición sino en la partición (vid? Castan, *Derecho Civil Español Común y Foral*, Tomo VI, Derecho de Sucesiones, Madrid, 1979, pp. 621).

Para epilogar la presente cuestión, nos remitimos a la sentencia del 24 de enero de 1963, donde se clarifican las notas diferenciadoras y entre las que destacamos las siguientes: entre el heredero propiamente dicho y el sucesor usufructuario, aunque lo sea a título universal, sobre todo cuando la designación es voluntaria y no legal, median profundas y esenciales diferencias que dan lugar a la imposibilidad de confundirlos, así: la conjunción de derechos y obligaciones que colocan al heredero en igual situación que al difunto, y el *ius disponendi* que faltan en el usufructo, *ius in re aliena*, desmembración de la propiedad del *ius fruendi*, la transmisión directa de la posesión al heredero, que debe entregarla al usufructuario, el carácter vitalicio del usufructo, que lo hace intransmisible *mortis causa*; el distinto destino de herencia y usufructo en caso de renuncia, y la distinta responsabilidad o afección por las deudas y cargas. De todo lo cual se deduce que el sucesor usufructuario no puede confundirse con un heredero ni con un legatario de parte alícuota, y que aunque esté designado a título universal, no se tra de un continuador de la personalidad del testador. (F.L.L.Y.)

II. DERECHO MERCANTIL

42 Arrendamiento de industria. Buena fe como límite del ejercicio de los derechos subjetivos.—El artículo 7.º-1.º del Código civil es una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo repar-

to de la propia responsabilidad y atenuamiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena.

Doctrina de los propios actos.—La sentencia de 29 de enero de 1975 concreta que se falta a la buena fe cuando se va contra la resultancia de los actos propios. Señala igualmente la doctrina científica moderna más autorizada que actúa contra la buena fe el que ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta en la que hizo confiar al otro, vulnerando con dicha conducta las normas éticas que deben informar el ejercicio del derecho, las cuales, lejos de carecer de trascendencia, determinan que su ejercicio se torne inadmisibles (STS 21 septiembre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora solicita una reclamación de cantidad por la conducta contraria a la buena fe de la entidad demandada, al mantenerse frente a aquélla en la posesión de una industria después de finalizado el plazo de duración del contrato de arrendamiento, negándose a devolver a los arrendadores (demandantes) la industria y el local donde la misma radicaba, dando lugar a que ejercitaran contra ella la pertinente acción de desahucio, pretensión que fue resuelta favorablemente para los arrendadores. El Juez de Primera Instancia desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia Territorial revocó en parte la anterior decisión, aunque estimando en lo esencial la demanda. No prospera el recurso de casación interpuesto por la entidad arrendataria (J.A.M.M.)

43. Arrendamiento de industria y no de local de negocios.—Si los elementos objetivos cedidos en el uso, disfrute y explotación por el dueño a los recurrentes constituyen «la industria de hospedaje conocida por «Pensión las Margaritas», que ya existía anteriormente y con el preciso designio de continuar con el ejercicio de ella» como dice la sentencia de la Sala «a quo» que añade «... no han demostrado los demandados recurrentes que, a falta de los mismos (se refiere a los elementos o medios cedidos a los arrendatarios), hubieran de incorporar elementos que, del tipo de los adquiridos en su día por el señor Salvá (folios 36 a 41) lógicamente renovados de manera paulatina con el paso del tiempo, son indispensables para el funcionamiento de una casa de huéspedes», todo lo cual confirma que la voluntad comercial bilateral recayó sobre un conjunto armónico en unidad de explotación comercial apta no sólo para empezar el tráfico mercantil propuesto por su propio destino y naturaleza, sino continuar en el que ya de antiguo venía ejerciéndose ininterrumpidamente.

El plazo o término concreto y definidos como elemento esencial en las locaciones.—Lo que podría ser objeto de duda conforme al contenido del artículo 1.581 del Código civil, es si la tácita reconducción operaría por años o por meses, pero nunca que fuera por plazo indefinido, cuya inteligencia contractual en tal sentido, violaría la idea del plazo o término concreto y definido que es consustancial con las locaciones como exige el artículo 1.543 de dicho texto legal, cuyo correctivo para caso de omisión o de duda se establece en el ya mencionado artículo 1.581 (STS 17 septiembre 1987; no ha lugar.) (L.F.R.S.)

44. Contrato de descuento.—Trátase de un contrato especial o atípico, por el que, y con ocasión del «descuento» la persona que recibe el dinero, cede «pro-

solvendo» la letra de cambio"... Las obligaciones derivadas de dicho contrato sólo producen efecto entre las partes contratantes por virtud de lo dispuesto en el artículo 1.257 del Código civil, lo que traducido al supuesto objeto de discusión en la *litis*, que aquí concluye, implica que la cláusula objeto de discusión autoriza al Banco recurrente a protestar las letras «sin gastos», para conservar la acción de reembolso o de regreso contra personas vinculadas a la letra, tales como el librador o los endosantes anteriores y ajenas al contrato de descuento.

Cláusula sin gastos.—Su juego en el ámbito del derecho cambiario ha venido principalmente referido al efecto que su inclusión puede producir en las letras en que la misma aparezca respecto al mecanismo del protesto, habida cuenta lo dispuesto en el artículo 502 del Código de Comercio. La doctrina de esta Sala proclama la tesis de que dicha cláusula dispensa del protesto al tenedor de la cambial, dado que implica un desistimiento o renuncia al mismo, acto éste que se integra en el marco del poder dispositivo del tenedor de la cambial que puede, consiguientemente, abdicar de los beneficios que la referida diligencia le otorga.

Carga de la prueba.—Todo el problema se centra en saber si en virtud de la inclusión de la citada cláusula el protesto no era necesario ¿a quién corresponderá la carga de la prueba de haberse o no presentado al pago la cambial? Suele aducirse en materia de dicha carga, a atribuir a cada parte la de aquella que le sea más fácil acreditar por estar más próximo a la misma. En el caso que se litiga, quien más fácilmente podía probar la presentación de la cambial cuestionada al cobro, era el Banco de Bilbao como tenedor de la misma. Congruentemente el medio más apto para acreditar ese hecho es el protesto, diligencia que no se efectuó porque la entidad, haciendo uso del derecho que le concede la cláusula «sin gastos», no lo ejercitó, por lo que las consecuencias que pueden derivar de tal actuación del derecho deben recaer sobre dicho Banco. (STS 29 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—Los presupuestos fácticos que constituyen los puntos decisivos del litigio eran los siguientes: 1.º) la existencia de una letra de cambio en cuyo anverso aparecía consignada la cláusula «sin gastos»; 2.º) en el reverso de dicha letra aparecían dos endosos sucesivos. En el primero figuraba como endosatario una determinada Sociedad y en el segundo, quien endosa en esta última entidad y en el endosatario el Banco ad hoc; 3.º) entre dicha entidad bancaria y la Sociedad se celebró el clásico contrato de descuento como base del citado endoso, y 4.º) referida letra al parecer no es abonada, por lo cual el tenedor de la misma reclama su importe a quien se la endosó, con base en el indicado contrato de descuento, a lo cual la Sociedad opone que la cambial ni fue protestada ni presentada al cobro. (F.L.L.Y.)

45. Improcedencia de la acción cambiaria.—En el caso de autos, debe reconocerse que no siendo procedente la acción cambiaria por inexistencia de cláusula de valor, requisito esencial para la efectividad de un juicio del título valor del que se trata, según el entonces vigente artículo 444-5.º del Código de Comercio, ajenos librado y avalista a la obligación nacida del descuento de reintegro al descontatario en caso de impago del efecto descontado y no existiendo bases de

hecho para apreciar en librado y avalista un enriquecimiento injusto (puesto que compraron al librador una maquinaria que resultó inservible y dio lugar a la resolución judicial de este contrato de compraventa) la descontante carecía de acción contra ellos que pudiera basar en las declaraciones y vicisitudes de la letra de cambio (STS 9 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia recurrida condena a la entidad demandada libradora y descontataria de una letra de cambio al pago de su valor nominal, gastos de protesto e intereses a favor de la entidad descontante actora, al entender que no siendo procedente la acción cambiaria, por no estar consignada la cláusula de valor (exigida por el previgente artículo 444-5.º del Código de Comercio) procedía dar lugar a la acción derivada del contrato de descuento. (F.L.L.Y.)

46. Nulidad de acuerdos de junta general extraordinaria de sociedad anónima designando censores de cuentas. Fraude de ley para vulnerar derechos de la minoría.—Debe entenderse por minorías a aquellos socios cuyo voto fuera plenamente contrario y no a los que solamente se abstuvieron (los dos últimos), pues caso contrario supondría, como en el presente supuesto ha sucedido, un manifiesto fraude de ley y un claro abuso de derecho, privando a aquellos de una facultad incuestionable y prioritaria (ver sentencia de 14 de mayo de 1985; es decir, lo que la sentencia sienta es que se produjo una disgregación artificiosa del Consejo de Administración para impedir que los socios minoritarios pudiesen nombrar un censor de cuentas, siendo tal actuación contraria al espíritu del artículo 108, y que los que se abstuvieron en la primera votación no puede afirmarse que constituyan minoría disidente o disconforme (la abstención no es ni adhesión ni oposición) para participar en la segunda.

El artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas constituye una norma de derecho imperativo o necesario, no susceptible de modificación, y mucho menos de derogación (Sentencia de 15 octubre 1971), y que nunca se permite que con una división del grupo mayoritario pueda frustrarse el derecho que la Ley concede a la minoría, objetivo que se pretende con este recurso y que se alcanzaría de accederse a él, porque es indudable que todos los miembros del Consejo de Administración tienen intereses idénticos o cuando menos afines frente a los hoy recurridos, que representan más de la décima parte del capital social. Finalmente, si se viola el espíritu del artículo 108 tantas veces citado, si se transgrede la intención del legislador al promulgarlo, es claro que nos encontramos ante una nulidad de pleno derecho, contempñada en el artículo 6.3 del Código civil y el fraude de ley a que se ha hecho alusión ha de entenderse como una manifestación amplia de los actos contrarios a la ley, basados en abuso de derechos ajenos, cuya esencia radica en el ataque a los derechos subjetivos de otro (Sentencia de 16 marzo 1987), de forma que la sanción se encuentra en el número citado del artículo 6 y no en el número 4, que requeriría la existencia de la llamada norma de cobertura, pero recordando que es de esencia al fraude la violación del contenido ético del precepto legal, y que el derecho que se trata de sustraer a los minoritarios no afecta ni a la iniciativa ni a la libertad de los administradores, limitándose a una intervención fiscalizadora y de vigilancia (STS 19 octubre 1987; no ha lugar.) (L.F.R.S.)

47. Impugnación de acuerdos de Junta General de Sociedad Anónima por no permitir la asistencia a una accionista.—Debe ser mantenida la sentencia de la Audiencia..., pues, en efecto, los únicos intereses en presencia son reconocidamente los de la impugnante y los del Administrador Gerente de la Sociedad, la cual, aún gozando de personalidad distinta e independiente de la de sus dos únicos socios no puede reputársela bastante a desligar al socio mayoritario de los pactos convenidos y reiterados, aunque lo fueran a título personal, con la impugnante y según los cuales concurre en ella la condición de socio titular de las acciones 199 al 276, por lo cual se precisaba el concurso de su voto para que alcanzasen validez los acuerdos adoptados.

Operatividad de la realidad subyacente.—Se pretende que la persona jurídica que es la Sociedad Anónima vele y oculte y ha inoperante la realidad que subyace debajo, esto es, la existencia de dos únicos socios ligados por contratos que ellos mismos reconocen como válidos y se propone el que por efecto de un «nomen» sin otro sustrato real que el oculto, se desembarace el socio mayoritario de las obligaciones que reconocidamente le vinculan con el otro socio, quien correlativamente quedaría despojado; resultado inadmisibles a todas luces, ya se considere la realidad en su conjunto de una sociedad en manos de sólo los dos socios contendientes entre sí y debatiendo sobre lo pactado «iure proprio» sin presencia de otro interés alguno de terceros, o bien, reiterando la doctrina de esta Sala, se acuda por excepcionales razones de equidad a prescindir de la sociedad siguiendo el ejemplo del legislador fiscal (STS 24 septiembre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sociedad tenía dos accionistas: A, que es la actora, y B, que es el socio mayoritario. Las acciones de A fueron entregadas en depósito a una entidad bancaria, para garantizar la deuda contraída frente a un tercero por la marido de A; deuda avalada solidariamente por B y que, por tal razón, pacta con A que las acciones de ésta aparezcan documentadas a nombre de B, aunque se hace constar expresamente que «los derechos de voto correspondientes a los títulos depositados corresponderían a A». La Sociedad demandada negaba a la actora su calidad de accionista, alegando no afectarle el pacto efectuado entre los dos únicos socios. (L.F.R.S.)

48. Contrato de cuentas en participación. Naturaleza mercantil.—Si bien es cierto que del contenido literal del artículo 239 del Código de Comercio podría entenderse que los cuentaparticipes han de ser comerciantes, sin embargo tal extremo es intrascendente. Como ya declaró esta Sala en la muy antigua pero reiterada sentencia de 8 de julio de 1894, siempre que el gestor sea comerciante, el contrato tendrá naturaleza mercantil, siendo patente que en numerosos casos quienes aportan determinado capital al negocio no son otros comerciantes, sino, por el contrario, personas totalmente ajenas a la actividad mercantil. Lo que verdaderamente importa es que las operaciones a las que se destinan tales capitales sean mercantiles, según se desprende de las afirmaciones que se contienen en la propia Exposición de Motivos del Código de Comercio.

En el caso en cuestión la actividad que el gestor desempeña —explotar una Delegación de Apuestas Deportivas Benéficas— es, a pesar de la denominación, *lucrativa y habitual en establecimiento abierto al público y por tanto mercantil.*

Calificación del contrato.—El hecho de que las partes no consignasen expresamente el contrato como de «cuentas en participación» resulta intrascendente, dado que los contratos han de calificarse atendiendo al contenido de sus estipulaciones y no al nombre que los contratantes puedan darles.

Contrato atípico.—Ha de tenerse presente que la contratación mercantil, como la civil, está inspirada en el principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1.255 del Código civil, autorizando así a modificar el esquema del contrato tipo previsto por el legislador hasta el punto de deformarlo mediante la combinación o adición de pactos especiales, dando así vida a un nuevo contrato distinto, que la doctrina califica de «atípico». El artículo 2.º del Código de Comercio admite expresamente estas figuras contractuales al prescribir que «los actos de comercio, estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él». (STS 24 septiembre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—Se interpuso demanda sobre rendición de cuentas de un contrato en cuenta de participación. El demandado, en su contestación a la demanda, basa su oposición en el intento de sostener que el contrato celebrado con el demandante no era de cuentas en participación sino de préstamo. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación. (J.A.M.M.)

49. Quiebra. Retroacción.—La correcta interpretación del artículo 878.2 del Código de Comercio vigente, en relación con el artículo 1.024 del Código de Comercio de 1829, lleva a la conclusión de que la fecha en la que se fija el inicio de la insolvencia tiene un carácter provisional, en el sentido de que pueda ser rectificadada si se alega perjuicio por tercero o, incluso, por el propio quebrado. Tal provisionalidad no significa, sin embargo, que haya de dictarse otra resolución que marque una fecha definitiva, resolución no prevista, como necesaria, por la Ley que, al quebrado, concede la posibilidad de oponerse a la declaración de quiebra, en el artículo 1.326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, a los acreedores, la posibilidad de actuar, por medio de los síndicos, en el artículo 1.366 de la misma ley e incluso por proceso declarativo ordinario contra actos y contratos realizados en tiempo hábil. A esta interpretación contribuye la sentencia de esta Sala de 22 de marzo de 1985 que viene a afirmar que, mientras no se impugne, se ha de tener por válida la fecha de retroacción señalada en el auto de declaración de quiebra (STS 15 septiembre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—Declarada la quiebra necesaria de una sociedad anónima dedicada a la fabricación de conservas, se produjo, dentro del período de retroacción comprendido en el auto declaratorio de la quiebra, la retirada, por parte del demandado, de distintas mercaderías, alegando que la entidad deudora, después quebrada, se las entregaba en depósito, a modo de prenda para garantizar el crédito que ostentaba frente a ella. Los síndicos interpusieron demanda de retroacción para anular este pretendido contrato de depósito o garantía. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto. (J.A.M.M.)

50. Propiedad industrial. Modelos de utilidad. Exigencia de la novedad.—Según doctrina reiterada de esta Sala no es lo mismo el régimen de los modelos de utilidad que el de las patentes de invención, en cuanto al concepto y necesidad de la novedad exigida por el Estatuto para la reivindicación, pues en definitiva la patente de invención: a) es más rigurosa en su inscripción y protección consiguiente, por cuanto precisa que constituya un perfeccionamiento que tenga por objeto modificar las condiciones esenciales de un procedimiento, con objeto de obtener algunas ventajas sobre lo ya conocido, siempre que (los aparatos, instrumentos, procedimientos o sucesión de operaciones mecánicas o químicas) vayan encaminadas a obtener un resultado o producto industrial, en tanto que en el modelo de utilidad basta con que los instrumentos, aparatos, herramientas, etc., reseñados en el artículo 171, aporten a la función a que son destinados un beneficio o efecto nuevo, o una economía de tiempo, energía, mano de obra o un mejoramiento en las condiciones higiénicas o psicofisiológicas del trabajo, es decir, que sólo requieren una ventaja apreciable con cualquiera de esas finalidades apuntadas, sin que venga a integrar «un resultado o producto industrial nuevo», y b) la patente de invención fluye del concepto novedoso dicho anteriormente, pero en el ámbito territorial español y extranjero (arts. 46 y 49 del Estatuto), en tanto que el modelo de utilidad se circunscribe solamente al primero (arts. 174 y 180), por lo que en cuanto a ellos es irrelevante su conocimiento o divulgación foránea (STS 16 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte demandante, de nacionalidad norteamericana, solicitó que se declarara la nulidad de inscripción registral del modelo de utilidad concedido a la demandada, alegando que el mismo carecía del factor de novedad al existir dispositivos idénticos comercializados por ella con anterioridad en distintos países. La Audiencia Territorial desestimó la demanda. No prospera el recurso de casación. (J.A.M.M.)

51. Propiedad industrial. Presupuestos para la consolidación de la marca registrada. Buena fe.—El registro de las marcas de la sociedad recurrida fue efectuado teniendo conocimiento los componentes de dicha sociedad («Electrofil, S. A.») de la denominación que iba a utilizar la sociedad en constitución, que luego se convirtió en «Comercial Hispanofil, S. A.» —parte recurrente—, razón por la cual falta el presupuesto inexcusable de la buena fe que exige el artículo 14 E.P.I. para que se produzca la consolidación de la marca registrada. Y siendo esto así, en el momento de interponer la demanda inicial del presente procedimiento —el 12 de marzo de 1985— la recurrente llegó a adquirir la posición legitimadora de usuario extrarregistral prioritario, pudiendo en consecuencia impugnar con éxito el registro de las marcas de la sociedad recurrida, dado que desde la fecha de celebración del contrato por el que se instituyó la «sociedad entre fundadores» —el 16 de agosto de 1980— hasta la citada fecha de interposición de la demanda, han transcurrido más de los tres años que reiteradamente ha señalado al efecto la doctrina de esta Sala, no habiendo interrumpido dicho plazo el registro efectuado sin buena fe y con ánimo especulativo por la sociedad recurrida (STS 14 octubre 1987; ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora interpone demanda sobre nulidad de patente industrial fundada en una pretendida posición legitimadora de usua-

rio extrarregistral prioritario de la denominación «Hispanofil». La Audiencia Territorial desestimó la demanda. Prospera el recurso de casación. (J.A.M.M.)

III. DERECHO PROCESAL

52. Contrato de seguro. Acción de reembolso frente al causante del daño. Competencia de la jurisdicción civil cuando el daño no tiene su causa en la actividad propia del servicio público de TVE.—Puede obtenerse en buena hermenéutica la definición exacta de la jurisdicción competente, en los casos que como el presente se hace una declaración fáctica por la Sala «a quo» que no ha sido combatida eficientemente por el cauce del ordinal cuarto del artículo 1.962 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cual es la de que el incendio y daño consiguiente «tenga su origen en una conducta extra-administrativa, desconectada de aquel servicio, independiente del mismo o que no guarde relación directa con él, cual acontece en el caso que se enjuicia, en el que los desperfectos ocasionados en el inmueble de la calle Navarro Reverter número 2 de esta ciudad no tuvieron su causa en el «hacer» o «actuar» propios del servicio público de Televisión, consistente en la producción y transmisión de imágenes y sonido al público en general, a través de ondas, sino en un hecho tan independiente de aquella específica actividad, como el incendio del estudio de RTV en Valencia, fuera de las horas de emisión, a consecuencia de no haber interrumpido el paso de energía eléctrica al cuadro registro de luces del citado local». Es decir, que la idea del servicio público requiere un «hacer o actuar» directa e inmediatamente prestado por la Administración en favor del ciudadano como ente de la gestión pública, circunstancia que no se da cuando el siniestro y el daño se produce en una simple omisión estática, como en el caso contemplado aquí, de signo contrario al dinamismo que comporta toda gestión pública en el cotidiano devenir «para el cumplimiento de sus fines», como declara el artículo 1.º de la Ley de Régimen Jurídico tantas veces invocada. Añádase a ello que el Ente Público, como arrendatario del local, en relación jurídica de derecho privado viene constreñido a cumplir la obligación que le impone el artículo 1.555-2 del Código civil, lo que nos reconduce al dispositivo del artículo 41 de la L.R.J.A.E. ya mencionado.

Interrupción de la prescripción de la acción aquiliana.—Tanto el acto de conciliación intentado sin efecto por incomparecencia de RTVE, por papeleta de demanda de 30 de septiembre de 1981, como la carta certificada notarialmente el 16 de febrero de 1982 cuya existencia y eficacia fáctica no ha sido desvirtuada ni en la instancia ni en el recurso de casación y la reclamación previa en vía administrativa de 30 de junio del mismo año, marcan hitos interruptores de la prescripción anual de la acción aquiliana, ejercitada por la compañía aseguradora que sufrió el daño patrimonial consiguiente al pago de la indemnización de daños, por lo que esta interrupción comporta la consecuencia de que la demanda presentada el 7 de febrero de 1983 lo fue en tiempo oportuno, dados los factores interruptores señalados conforme a los preceptos que se dicen violados que, como se observa, fueron escrupulosamente respetados, máxime teniendo en cuenta que el cómputo de tiempo que se hace en las sentencias de instancia como premisa de hecho no ha sido combatido por vía procesal adecuada y que la demanda

de conciliación no precisa de ratificarse dentro de los dos meses siguientes con la demanda de juicio declarativo, por tratarse de prescripción extintiva, conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala (Sentencia 7 julio, 29 septiembre y 9 diciembre 1983) y cuyos elementos interruptores dan fe incontrovertible del «animus conservandi» de la demandante respecto de la acción ejercitada, habida cuenta que la prescripción, como institución basada en la seguridad jurídica es de aplicación restrictiva.

Agente causante del daño. TVE debe asumir el riesgo de su actividad, salvo fuerza mayor o caso fortuito.—Aquí claramente se estableció en forma finalista la negligencia del Ente Público que ha sido exclusivamente condenado, pues, en efecto, como dice la sentencia de primer grado, al acaecimiento del «aleas» acreditada por sí solo, la insuficiencia de las medidas técnicas adoptadas en garantía de que no se produjera el accidente, a pesar de la aprobación oficial del Proyecto de instalación de fuerza eléctrica y demás factores que aseguraban tal indemnidad, pues por el hecho de constituir tal instalación un elemento imprescindible de la actividad de RTV el Ente Público ha de responder de las consecuencias de tal actividad que constituye la finalidad de su existencia y cuyos riesgos ha de asumir salvo en los casos de fuerza mayor o fortuito que aquí no se pudo establecer ni declarar en la instancia (STS 18 septiembre 1987; no ha lugar.) (L.F.R.S.)

53. Arrendamientos urbanos. Traspaso y subarriendo inconsentido. Legitimación activa.—Formando una comunidad de dueños y arrendadores, padre e hijos, cualquier comunero puede ejercitar una acción en interés de la comunidad (STS 21 septiembre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora promueve demanda sobre resolución de arrendamiento de local de negocio por subarriendo inconsentido. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó el fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por la parte demandada sustentado sobre una supuesta falta de legitimación activa. (J.A.M.M.)

54. Culpa extracontractual. Colisión de vehículo militar conducido por soldado. Competencia de la jurisdicción civil.—Existe una reiterada doctrina de esta Sala acerca de que la conjunta demanda de la Administración con una persona privada, pretendidamente corresponsable del evento dañoso, determina la competencia de los órganos del orden jurisdiccional civil, por cuanto, como dice la sentencia de 14 de octubre de 1986, «siendo solidarias sus responsabilidades, de separarse la continencia de la causa, se correría el riesgo de fallos contradictorios».

Ley Orgánica del Poder Judicial. Carácter residual de la jurisdicción civil.—Según sentencia de 2 de febrero de 1986, los diferentes órdenes jurisdiccionales, confirme al artículo 9.6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, apreciarán de oficio la falta de jurisdicción y resolverán sobre la misma con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal; no existe una Jurisdicción ordinaria y, a su lado, otras Jurisdicciones especiales, sino órdenes jurisdiccionales iguales que deben desarrollar e integrar sus competencias respectivas, por lo que ya no es invocable el principio de la *vis atractiva* de la Jurisdicción civil; pero cuando

ni aun así pueda atribuirse el conocimiento del asunto, el orden jurisdiccional civil funcionará como residual, según el fundamental artículo 9.2, al entender dicho orden, «además de las materias que le son propias», también de «todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional», como no lo está la responsabilidad extracontractual de un particular, en el caso, el conductor de un vehículo militar demandado *iure proprio*, aun cuando se combine solidariamente con la de una Administración pública; como se ha concluido por un autorizado sector de la doctrina, parece preferible que, a falta de una solución legislativa, conozcan los Tribunales civiles de pretensiones indemnizatorias contra la Administración, aunque tengan por origen daños derivados de situaciones regidas por normas jurídico-administrativas, a que los Tribunales del orden contencioso-administrativo conozcan de pretensiones indemnizatorias contra particulares que a veces pueden ser completamente ajenos a la actividad administrativa.

Sobreseimiento penal.—No justifica en esta vía civil el hecho de que fuera sobreseída sin responsabilidad alguna para el conductor la causa instruida por la jurisdicción militar para depurar las posibles responsabilidades en la producción del accidente, ya que fuera del caso de que la extinción de la acción penal proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la acción civil hubiese podido nacer, a que se refiere el artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los órganos jurisdiccionales civiles son libres para apreciar las pruebas y establecer otro *factum* que el contemplado en la esfera represiva y para valorar libremente las conductas.

NOTA.—Aparte de una declaración *obiter* de basarse la responsabilidad por accidentes de circulación en el principio del riesgo (aunque se condena en virtud de una manifiesta imprudencia del conductor del vehículo militar: invadir la izquierda de la calzada en un cambio de rasante cuando se circula en caravana), destaca el esfuerzo de la sentencia (Pte. Serena Velloso) por fundamentar la competencia residual de la jurisdicción civil cuando se demanda al Estado y a un particular; aunque ya no puede hablarse de una *vis atractiva* de esta última, el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ofrece apoyo legal para tal solución, que se corrobora con un argumento de conveniencia. Sin embargo, el carácter civil del soldado conductor parece dudoso, pues, al menos al ocurrir el accidente, estaba sujeto a la jurisdicción militar. En Primera Instancia se estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción, mientras que la Audiencia Territorial se consideró competente y condenó solidariamente al conductor y al Estado. Esta última parece haber sido una razón de economía procesal para rechazar el recurso interpuesto por el Letrado del Estado, a saber, no imponer un nuevo peregrinar a los perjudicados para obtener la indemnización por la muerte de dos de los ocupantes del vehículo militar. (G.G.C.).

55. Responsabilidad civil derivada de delito. Alcance de la cosa juzgada. Irresponsabilidad civil del dueño del vehículo.—Según reiterada jurisprudencia la sentencia firme penal, de conformidad con los artículos 111 a 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha de respetarse en todo lo que atañe a sus pronunciamientos relacionados con la persecución del delito y la congruente fijación de los responsables penales y civiles, en el caso de que sea condenatoria, por lo

cual en este caso debe respetarse íntegramente, tanto la condena del conductor, como la no apreciación de la responsabilidad civil subsidiaria del dueño del vehículo al entender que no concurrían los presupuestos del artículo 22 del Código penal en el hecho de que el dueño de un automóvil lo preste para su uso, sin interés propio directo ni indirecto.

Acción directa contra la compañía de seguros. No alcanza la cosa juzgada.—La cosa juzgada no puede operar en cuanto la demanda se dirige a la compañía aseguradora, no para que pague a consecuencia de que el asegurado haya sido declarado responsable civil subsidiario, sino porque el contrato de seguro concertado por el propietario cubría también la responsabilidad civil del conductor autorizado, lo que hace, a su vez, nacer en la compañía aseguradora una responsabilidad derivada de contrato, que le obliga a asumir los riesgos cubiertos; no se da el supuesto de las identidades del artículo 1.252 del Código civil para aplicar la cosa juzgada, puesto que la cuestión de la obligación contractual de pago de la compañía de seguros no ha sido resuelta en vía penal.

Subrogación en los derechos del asegurado.—La doctrina jurisprudencial relativa al derecho del tercero perjudicado en un accidente de circulación, en quien se concreta la persona del beneficiario en la modalidad de seguros que cubre este riesgo, a reclamar contra el asegurador por subrogación en los derechos del asegurado, hoy día es innecesaria por tener acción directa según dispone el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980.

Solidaridad de la compañía con el causante del accidente.—Se produce en el asegurador la cualidad de deudor solidario en relación con el causante del accidente, en orden a la responsabilidad, aunque las fuentes de su obligación sean diferentes (STS 8 septiembre 1987; ha lugar.)

NOTA.—La sentencia estima parcialmente el recurso por cuanto que la sentencia de la Audiencia Territorial únicamente condenó a la aseguradora al abono de indemnización por el seguro obligatorio, y lo amplía también al seguro voluntario, de gran importancia práctica en este caso, dado que el conductor del vehículo (hijo del dueño) era insolvente. La doctrina jurisprudencial es plenamente de aprobar. (G.G.C.)

56. Sociedad de gananciales. Legitimación procesal activa y pasiva.—Es inadmisibles la excepción de falta de legitimación pasiva que respecto de la esposa de uno de los demandados se opone también por el recurrente, que olvida la corrección de extender la demanda a ella a efectos de la ganancialidad de los bienes cuya inscripción registral se postula en la demanda. La denuncia que, también, en este motivo se hace de que sea el esposo el demandante y no ambos cónyuges, además de participar de la general incorrección que, en punto a la norma de cobertura en casación, es patente, olvida que el artículo 1.375 del Código civil, cuya infracción se repite, con similar argumentación en el 2.º motivo, al amparo ahora del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no resulta afectado en el presente caso, ya que, además de que tanto si los cónyuges actúan conjuntamente, como cuando lo hace uno con el consentimiento expreso o tácito del otro, obran por cuenta de la comunidad, en el caso presente el demandante actuó una pretensión en su propio nombre: «la de que

se declare la condición y cualidad de socio que tiene» en la sociedad cuya declaración de existencia la propia demanda asimismo pide, siendo en este sentido acogida la postulación por la sentencia objeto de los motivos 1.º y 2.º en examen, cuyo perecimiento es, por lo dicho, procedente declarar.

El requisito de la escritura pública cuando se aportan inmuebles en el contrato de sociedad civil.—El requisito de escritura pública cumple, en este caso de sociedad civil, la misma función que la que con carácter general imponen los artículos 1.279 y 1.280 del propio Código y que, por tanto, como viene declarando este Tribunal (Sentencias 5 julio 1940, 28 junio 1950, 3 marzo y 21 mayo 1960 y 10 noviembre 1978) este contrato se perfecciona por el mero consentimiento sin que la aportación de inmuebles altere su eficacia interna, ya que la ausencia de escritura pública, en tal supuesto, ha de entenderse que opera frente a terceros y no interpartes, razonamiento que hace decaer el 3.º de los motivos, seguido del 4.º y último de los del recurso en atención a que en éste se plantean, con mención de los artículos 1.675 y 1.676 del Código, dos temas que por hacer específica relación a la sociedad universal de ganancias, no son del caso litigioso presente, concretado, como se aprende de la simple lectura de las alegaciones y sentencia, a la realidad, duración y alcance de una sociedad establecida con participaciones concretas para la explotación de un negocio de estación de servicio y gasolina (STS 9 octubre 1987; no ha lugar.) (L.F.R.S.)

57. Laudo dictado en arbitraje de equidad.—La sustitución de la actividad jurisdiccional del Estado —impuesta por los artículos 117 de la Constitución y 1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial— por la privada de terceros a la que se someten los compromitentes, sólo será eficaz y estará revestida de validez durante el plazo señalado en la escritura de compromiso, de la que constituye cláusula indispensable según el artículo 17-4.º de la Ley de 22 de diciembre de 1953, y es de tan riguroso cumplimiento el requisito de oportunidad temporal que la emisión tardía del *laudo* lo vicia de esencial nulidad por haber cesado la potestad del árbitro para proceder a la resolución del conflicto, al no haber observado el término que le fue contractualmente fijado para desempeñar su cometido. Que si ciertamente cualquier modificación del compromiso y entre ellas las relativas a su vencimiento, habrá de ajustarse a idéntica forma que la requerida para su constitución, cuales son escritura compromisoria o resolución judicial; ello no quiere decir en modo alguno que en caso de prórroga judicial del plazo para emitir el laudo haya de acordarse precisamente en la forma de auto, pudiendo hacerse también por providencia, pues si el compromiso se ha establecido por acuerdo judicial a instancia de las partes, es en esta modalidad donde se requiere el acuerdo judicial concediendo la prórroga, siendo bastante con que el órgano jurisdiccional se haya pronunciado sobre ella.

Que constando en el presente supuesto la concesión de 60 días por resolución judicial, para la emisión del laudo sin más adiciones, el plazo que se inició el 15 de mayo de 1985, expiró el 13 de julio siguiente; lo que quiere decir que el laudo emitido el día 24 de julio de 1985, por escrito ante notario como preceptúa el artículo 29 *in fine* de la ley de arbitraje privado, lo estaba por árbitro que había cesado en su función jurisdiccional, por lo que sus pronunciamientos carecían de eficacia. Asimismo, todo lo afectante al plazo de actuación arbitral

ha de tener reflejo instrumental, en la escritura compromisoria o en la resolución judicial, rechazándose por tanto el descuento de los días inhábiles, porque no se trata de un procedimiento judicial, sino por el contrario un pacto que lo elimina (STS 6 octubre 1987; ha lugar al recurso contra el laudo arbitral de equidad.)

HECHOS.—Consecuencia de las discrepancias surgidas entre los contendientes, en relación a la interpretación y aplicación del contrato de 6 de abril de 1984, por el que se regulaban sus relaciones comerciales y en cumplimiento de la cláusula 17 en que se convenía que la resolución de las mismas serían sometidas al arbitraje de equidad cuyo laudo sería dictado por el Decano del Colegio de Abogados de Barcelona, hubo necesidad de acudir al procedimiento judicial de formalización de arbitraje.

NOTA.—Nuestro Tribunal Supremo es categórico en cuanto al cómputo del plazo, del que no se excluyen los días inhábiles. En consecuencia es doctrina reiterada que a la actuación de los árbitros de carácter privado y con un origen contractual ha de aplicarse en cuanto al cómputo del plazo o término en que los árbitros habrán de pronunciar su laudo, lo dispuesto en el artículo 5 del Título Preliminar del Código civil, en cuyo artículo expresamente se determina que en los plazos fijados por días a contar de uno determinado —*dies a quo*— quedará éste excluido del cómputo y que no se excluyen los días inhábiles (remito a la sentencia, entre otras, del 20 de mayo de 1982, para una correcta comprensión del problema indicado).

Esto supuesto, en cuanto al asunto referido al cumplimiento del plazo para dictar el laudo. Considerando (como ha venido a reiterar la doctrina jurisprudencial) que una de las ventajas de la institución arbitral es que la misma dura lo que las partes determinan, el plazo vincula a los árbitros, de tal forma que fija los límites de la potestad misma arbitral, dado que al aceptar el árbitro su nombramiento, se somete a la voluntad de los compromitentes, que son los que establecen el término en que los árbitros han de desempeñar su cometido, y a los mismos les obliga por la eficacia contractual del pacto, sin que pueda quedar al arbitrio del amigable componedor la alteración de este requisito esencial a su función que debe cesar en sus efectos al expirar aquél. En conclusión, el laudo sólo será eficaz y válido durante el plazo señalado en la escritura de compromiso, con la prórroga en su caso. (Véase necesariamente la sentencia de 9 de febrero de 1984 y del mismo modo las de 6 de febrero de 1986, 29 de septiembre de 1984, y también, entre otras, la de 23 de enero de 1946) (F.L.L.Y.)

58. Laudo dictado en arbitraje de equidad. Nulidad.—La intervención en el nombramiento de árbitro y conferimiento de facultad para otorgar contrato de compromiso ha de ser expresa e inequívoca, cualidades que no reúne la autorización que resulta de lo actuado a favor del representante administrador de la entidad recurrida. En definitiva, conforme al artículo 6, párrafo 3, del Código civil, el acto del otorgamiento de un compromiso sin poder expreso previo es nulo de pleno derecho, sin que la ley en este caso establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

Lugar del arbitraje.—La falta de este requisito motiva igualmente la nulidad del arbitraje y del laudo consiguiente, sin que pueda estimarse la mención exigida por la ley supérflua, toda vez que este requisito equivale a un señalamiento de fuero para atribuir la competencia judicial en función del auxilio que puede corresponder prestar a los jueces, bien para la práctica de pruebas, para la ejecución del laudo o para evitar dudas y conflictos que pueden originarse si los árbitros y los compromitentes tienen distinto domicilio. (STS 22 septiembre 1987; ha lugar.)

HECHOS.—Se interpuso recurso de nulidad contra un laudo dictado en arbitraje de equidad, derivando la nulidad de la escritura de compromiso de la falta de absoluta legitimidad o personalidad en quien compareció para otorgar y firmar la escritura de compromiso; carece del poder especial requerido por el artículo 1.713 del Código civil y la Ley de 22 de diciembre de 1953. El Tribunal Supremo considera procedente el recurso de nulidad.

59. Recurso de revisión.—Constituye doctrina de esta Sala: A) que el recurso de revisión, dado su carácter extraordinario y excepcional, aparece limitado en su alcance, condiciones precisas y plazo para su ejercicio por la normativa, de inexcusable observancia, contenida en los artículos 1.796 a 1.800 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin posibilidad de extenderlo a casos o supuestos distintos de los en ella taxativamente señalados; B) la interpretación de dichos supuestos ha de realizarse con absoluta rigidez y criterio restrictivo, sin extenderlo a casos no especificados en el texto legal, para evitar la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, quebrantando el principio de autoridad de la cosa juzgada, que no puede ponerse en entredicho; C) el plazo para interponerle es el de tres meses, contados desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude, o desde el día del reconocimiento o declaración de la falsedad (artículo 1.798) y ello requiere de manera inexcusable la fijación por el recurrente del elemento temporal «días a quo»; D) la maquinación fraudulenta exige una irrefutable demostración de que se ha llegado al fallo por medio de ardides, argucias o artificios encaminados a impedir la defensa del adversario, de suerte que existe nexo causal eficiente entre el proceso malicioso y la resolución judicial, y ha de resultar de hechos ajenos al pleito, pero no los alegados y discutidos en él; E) revela mala fe el recurrente que intenta combatir sin fundamento alguno una sentencia firme haciendo uso de este remedio formal. (STS 3 octubre 1987; improcedencia del recurso de revisión.)

60. Recurso de revisión. Maquinación fraudulenta.—El arrendador eludió la presencia del arrendatario en el proceso, finalidad reveladora de maquinación fraudulenta, como proclama una constante jurisprudencia (Sentencias de esta Sala de 6 de noviembre de 1979, 28 de marzo de 1983 y 27 de enero de 1986, entre otras). (STS 23 septiembre 1987; es procedente el recurso de revisión.)

61. Responsabilidad civil de Jueces y Magistrados.—La acción en demanda de responsabilidad civil de Jueces y Magistrados sólo puede exigirse por los daños y perjuicios que causen cuando, en el desempeño de sus funciones, incurran en dolo o culpa, o infrinjan las leyes por negligencia o ignorancia inexcusable. Persi-

que pues dicha acción un resarcimiento de los daños causados por dolo o culpa, con la limitación de que en ningún caso la sentencia pronunciada en el juicio de responsabilidad civil alterará la resolución firme recaída en el proceso (Sentencia de 10 de octubre de 1987).

NOTA.—La parte demandante solicitó fundamentalmente que se le indemnizara por los demandados en una determinada cantidad de dinero, parte de ella en concepto de daño emergente, y por daños morales solicitó una específica compensación económica, por estimar que el Tribunal que falló el asunto en Primera Instancia actuó de forma parcial (J.A.M.M.)

62. Ejecución de sentencia. Determinación de la indemnización.—La determinación de la indemnización en función de la renta fijada en la cédula de calificación definitiva no excluye, sino que incluso fundamenta, la computación de los incrementos de renta: en la propia cédula se afirma que «las rentas expresadas podrán ser incrementadas por las causas y en la forma que determinan los artículos 122 y 123 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial».

Según tiene declarado este Tribunal, la indemnización conducente a la reparación de daños y perjuicios tiene el carácter de deuda de valor y su cuantía ha de determinarse con referencia no a la fecha en que se produzca la causa determinante del perjuicio, sino a aquella en la que se liquide su importe en el período de ejecución de sentencia. (STS 26 octubre 1987; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia firme en trámite de ejecución estableció que el ejecutado satisfaría a los ejecutantes, en concepto de daños y perjuicios, «el importe de las rentas mensuales a ellos asignadas (se refiere a los pisos) en la cédula de calificación definitiva, desde el mes de diciembre de 1977 hasta su entrega». El auto del Juzgado obtuvo las cantidades multiplicando por ochenta y cinco meses (diciembre de 1977 a diciembre de 1984) las rentas establecidas en la cédula de calificación definitiva y vigentes en la fecha de ésta. Recurrieron los ejecutantes ante la Audiencia y sostuvieron que debían computarse los incrementos oficiales de rentas producidos con posterioridad a la fecha de la cédula de calificación definitiva, a lo que accedió la Sala de Instancia. No prospera el recurso de casación interpuesto por el ejecutado. (J.A.M.M.)

63. Recurso extraordinario de revisión. Caducidad de la acción.—Esta Sala ha exigido constantemente que se date el descubrimiento del fraude para tomar raíz de inicio del plazo del artículo 1.798, añadiendo —y es lo que ahora importa— que dicho plazo es de caducidad. A partir de esa naturaleza, el cómputo no puede efectuarse tomando en consideración lo dispuesto en las leyes procesales para el de los plazos establecidos por meses, esto es, aplicando el Decreto-Ley 5/1973, de 17 de julio, por el que se declaran inhábiles, a efectos judiciales, todos los días del mes de agosto de cada año y que es el antecedente del artículo 183 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ni los citados preceptos, ni los artículos 303 a 305 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni los 182 a 185 a más del ya invocado 183 de aquélla tienen que ver con el cómputo del plazo del artículo 1.798 que debe hacerse, como plazo civil que es, de fecha a fecha y conforme

a lo que dispone el artículo 5.º del Código civil, esto es, sin descontarse en ningún caso los días ni el inhábil mes de agosto, como acertadamente ha dictaminado el Ministerio Fiscal. El plazo de tres meses aparece por ello, en el caso, transcurrido y caducado el motivo de revisión por cuanto la comparecencia del recurrente aquí en el juicio de que trae causa y la puesta de manifiesto del mismo datan de julio de 1985 y la presente demanda de revisión se interpuso el 11 de noviembre de dicho año 1985.

Inexistencia de maquinación fraudulenta.—Tampoco sería incontrovertible la estimación de la demanda rescisoria, ya que la causa de revisión alegada, que es la maquinación fraudulenta determinante del contenido condenatorio de la sentencia del juicio sujeto a la revisión, no puede consistir en haberse omitido la pesquisa del domicilio familiar a través de la guía telefónica o del Colegio de Abogados, sino que resulta de una conducta dolosa conscientemente enderezada a aquel efecto y ni siquiera se significa por el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con secuela de indefensión de no inspirarlo el designio de ganar injustamente la sentencia (STS 28 septiembre 1987; no ha lugar.) (L.F.R.S.)

64. Concesión de audiencia en rebeldía, por ausencia constante del lugar donde se realizó el emplazamiento.—La rebeldía se estima totalmente ficta, y la Ley es por ello menos restrictiva cuando el emplazamiento se efectúa por edictos. Basta entonces acreditar la ausencia constante del lugar en que se siguió el juicio desde el emplazamiento hasta la citación para sentencia y la ausencia del punto de la última residencia al tiempo en que se publicaren los edictos de emplazamiento. La causa a la que puede obedecer esta doble ausencia, no es tenida, ni puede ser tenida en cuenta por la ley; sólo exige el acreditamiento del hecho en sí, no sin voluntariedad o involuntariedad. Y como quiera que en el presente caso concurren los citados requisitos, era obligado que el Tribunal «a quo» acordase dar audiencia al litigante rebelde, y al no hacerlo así ha infringido los preceptos citados por el recurrente (STS 30 octubre 1987; ha lugar.) (L.F.R.S.)

65. Rectificación de asientos registrales. Libre apreciación de los medios de prueba.—Es preciso recoger la constante doctrina de esta Sala, cuando declara que la garantía de la fe pública de la escritura no alcanza, o no concede el privilegio de la veracidad intrínseca o material, a todo su contenido (salvo su otorgamiento y su fecha en cuanto a tercero), puesto que el contenido de las declaraciones de los otorgantes puede ser enervado por otras pruebas, dado el sistema libre de apreciación de los medios que la ley consigna, sin valor preferente de unos sobre los otros en general, dependiendo la fuerza de un documento de que otro elemento de prueba no patentice cosa distinta (Sentencias de 9 de diciembre de 1981, 15 de febrero de 1982, 26 de febrero de 1983, 26 de diciembre de 1983, etc.), doctrina que en relación con las declaraciones de los interesados (también vertidas en documentos públicos) cuando afirman, en sus testamentos de 2 de febrero de 1961 «que dichas fincas resultan de naturaleza ganancial, porque aun cuando aparecen adjudicadas a la testadora en la herencia de su padre, lo fueron en realidad como compensación al matrimonio, por el valor de la casa número 16 de la calle Pozo de Villar, de Gallimazo, que pertenecía a la sociedad conyugal, y que fue cedida por ésta al hermano de la testadora», o cuando en los mismos documentos se afirma «que las fincas compradas a don Tomás Sánchez

Sánchez en escritura de fecha 5 de mayo de 1954... tienen el carácter de privativas del testador, ya que el dinero empleado en su adquisición procedía de la venta hecha por el testador a don Octavio Hierro Sánchez de varias fincas, adquiridas por compra a doña Josefa Gómez de Liaño, con dinero procedente de la herencia de sus padres», declaraciones efectuadas conjuntamente por los esposos interesados, en fecha muy posterior a los documentos que se citan en el motivo, y no desvirtuadas por otros elementos probatorios, lo que obliga a desestimar el presente motivo.

Doctrina de los actos propios.—«La fuerza vinculante del acto propio («nemi-ne licet adversus sua facta venire») estriba en ser éste expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar o extinguir algún derecho o al explícito reconocimiento de una situación jurídica, generando una actitud desacorde con la posterior conducta del sujeto» (Sentencias de 14 de febrero, 5 de octubre y 21 de diciembre de 1984, 12 de diciembre de 1985 y 16 de marzo de 1987) y en base al cual la Sala de instancia entendió correctamente que la primitiva actora en este procedimiento contradecía sus propios actos, pues si consciente, voluntaria y reflexivamente en 2 de febrero de 1961 tomó, en compañía de su marido, todas las prevenciones razonablemente necesarias para que en el futuro no existieran dudas respecto a la naturaleza jurídica de la totalidad de los bienes matrimoniales (acta de rectificación de errores y testamento), su unilateral conducta posterior, en la liquidación de la sociedad conyugal y cuaderno particional de la herencia de su esposo fallecido y en esta demanda, representa una actitud totalmente desacorde con el reconocimiento primitivamente prestado, que viola el concepto doctrinal al que nos estamos refiriendo (STS 3 octubre 1987; no ha lugar.) (L.F.R.S.)