

II. Sentencias

A cargo de: A. CABANILLAS SANCHEZ
J. A. COBACHO GOMEZ
G. GARCIA CANTERO
R. GAYA SICILIA
I. GONZALEZ PANOWSKA
F. LLEDÓ YAGÜE
E. SERNA MEROÑO

Coordinador: A. CABANILLAS SANCHEZ

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Eficacia temporal de los Reales Decretos-leyes 3/78, de 4 de enero: 48/78, de 26 de diciembre: 21/79, de 29 de diciembre y 15/80, de 12 de diciembre.—Si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala, en sentencia de 24 de mayo de 1982, ha resultado que alentando en los Decretos-leyes citados una evidente orientación de carácter social, en la que con finalidades de estricta política económica la de mitigar en lo posible la inflación monetaria, se imponen restricciones a la libertad de contratación privada, lo que exige que su interpretación se opere con criterios restrictivos, también lo es que, dados los claros términos en que se expresan los aludidos Decretos-leyes, no cabe duda que una interpretación racional de los mismos nos lleva a la conclusión, a la que llega la Sala de Instancia, de que en ellos se contempla una clara limitación cuantitativa a la elevación de la renta, que no debe agotar sus efectos en el período en ellos señalado, sino que alcanza un carácter permanente, sin que quepa, en modo alguno, una vez transcurrido el plazo de su vigencia, completar la revisión hacia el futuro con las cantidades que, de no haberse dictado tales Decretos, hubieran correspondido en concepto de elevación de renta.

Revisión retroactiva de los índices aplicables para la actualización de la renta.—A las mismas conclusiones habremos de llegar tras el examen del Real Decreto-ley 15/80, de 26 de diciembre, que no alude siquiera a la posibilidad de que ese índice sea a su vez retroactivamente revisado, con aplicación de los módulos que no pudieron serlo por efecto de los Decretos limitadores; revisión ésta que

para su aplicabilidad, debería haber sido expresamente contemplada en la norma y que, al no serlo, no puede ser tenida en consideración, lo que equivaldría a dejar sin efecto los referidos Decretos limitadores.

Limitación de la autonomía de la voluntad.—Si bien es cierto que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes y deben ser cumplidas a tenor de los mismos, ello lo es cuando no sucede lo acaecido en el supuesto que nos ocupa en que unas normas obligatorias, los Reales Decretos-leyes aludidos, limitan la autonomía de la voluntad de las partes, estableciendo unos mecanismos especiales para llevar a cabo la revisión de las rentas que, por razones de carácter económico, mitigan la cuantía de los aumentos que en otro caso y en virtud de ellas pudieran haberse producido. (STS de 26 de mayo de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—El recurso contempla un supuesto de aplicación de cláusula revisora de renta en arrendamiento de local de negocio. En la cláusula se estipulaba que la elevación por parte de la empresa explotadora del cine del precio de las entradas comportaría automática e inmediatamente el aumento en la misma proporción de la renta debida a la propiedad. Con fecha de 8 de noviembre de 1979 la arrendataria —que había elevado el precio de la butaca de cine— se opone a la demanda de la propiedad en el sentido de elevar la renta de acuerdo con lo pactado entendiendo que los Reales Decretos-leyes 3 y 48 de 1978, de 4 de enero y 26 de diciembre, respectivamente, limitan esta subida y reconviene solicitando la nulidad de la cláusula de revisión. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de la propiedad. La Audiencia Territorial revocó la sentencia del Juzgado desestimando demanda y reconvenición. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (R.G.S.)

2. Irretroactividad de la Ley de 26 de diciembre de 1980, introductora del artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—Es evidente que careciendo la Ley de reforma mencionada de efecto retroactivo expreso ha de aplicarse el artículo 2, párrafo 3, del Código civil que niega efecto retroactivo a las leyes. La Ley de 26 de diciembre de 1980, se publicó en el «Boletín Oficial del Estado» de 10 de enero de 1981 y comenzó a regir el 31 de enero siguiente y desde esta fecha rectamente la sentencia, recurrida ordena el pago de intereses de la suma a que fue condenada la parte demandada ahora recurrente, intereses cuya cuantía no se discute. Con tal pronunciamiento no se infringe la retroactividad de la reforma procesal expresada de 1980, como así lo reconoció ya la sentencia de esta Sala de 22 de abril de 1982 y otras posteriores; de las que se deduce que de conformidad con el texto legal cuando hubo una primera sentencia condenatoria, una segunda dictada en apelación revocatoria, pero por último otra de casación confirmatoria en todas sus partes de la de primera instancia, ha de atenerse el devengo de intereses en primer lugar desde el comienzo de la vigencia de la aludida reforma al tipo del interés legal del ocho por ciento incrementado en dos puntos, según los cálculos no impugnados en este recurso que hace la sentencia recurrida, y sin que a ello obste que fuera revocada la sentencia de primera instancia por la de apelación, en cuanto hubo condena en primera instancia al pago de una cantidad líquida y la Ley prevé este supuesto y faculta al Tribunal

para resolver conforme a su prudente arbitrio en el caso de revocación parcial y mucho más, por consiguiente, cuando hubo en casación una confirmación total de la sentencia de la primera instancia; habiendo, por tanto, de entenderse aplicable el interés legal del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no desde la fecha de dicha primera sentencia, sino desde el 31 de enero de 1981 en que empezó a regir la reforma operada por Ley de 26 de diciembre de 1980, y no tampoco desde la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo que casó la recurrida, porque ésta confirmó en todas sus partes la recaída en primera instancia. (STS de 30 de mayo de 1988, no ha lugar)

HECHOS.—En enero de 1979 Juzgado de Primera Instancia dictaba sentencia condenatoria al pago de cantidad líquida. La sentencia fue apelada revocándose por la Audiencia Territorial en marzo de 1981. Con fecha de 27 de marzo de 1983 el Tribunal Supremo confirmaría en todos sus extremos la sentencia del Juzgado. Paralelamente se interponía demanda incidental impugnando la tasación de costas en la ejecución de la sentencia dictada. El Juzgado de Primera Instancia declaró procedente la tasación de costas y la liquidación de los intereses de demora desde el 27 de marzo de 1983 (fecha de la sentencia de casación). El auto fue apelado y la Audiencia retrotrajo el cálculo de los intereses al 31 de enero de 1981 (fecha de entrada en vigor de la Ley de 26 de diciembre de 1980, introductora del art. 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil). El recurrente en casación denunciaba la errónea interpretación del artículo 2.3 del Código civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establecía la irretroactividad del artículo 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Supremo declara no haber lugar al recurso. (R.G.S.)

3. Prescripción extraordinaria.—La finalidad primaria del instituto de la prescripción adquisitiva o usucapón no es otra que legitimar, por razones de simple seguridad jurídica la posesión como simple hecho, convirtiéndola en dominio, siempre que aquella mera apariencia externa de propiedad sea pública y pacíficamente reconocida por los demás, asiste únicamente el poseedor exclusivo frente a quienes no ostentan idéntica cualidad, ya que en otro caso cualquiera de ellos podría oponer a los demás un análogo derecho de prescripción sobre el bien por ellos poseído, derecho que por ser del mismo rango haría inútil al que se le opusiera. Podríamos incluso llegar a la disparatada conclusión de que si el padre hubiera poseído como de su propiedad un bien inmueble por el tiempo suficiente para adquirirlo por usucapón y ello aunque el dominio no se hubiera adquirido por tal institución prescriptiva, sino por cualquier otro mecanismo pacífico, todos y cualesquiera de sus futuros herederos y desde luego aquel a quien por cualquier mecanismo fuera a pasar la simple posesión de la finca podría alegar su dominio sobre ella adquirido por un medio distinto al que legitimaría la propiedad que se entiende que se la transmite hereditariamente, y ello frente a los demás coherederos, todos y cada uno de los cuales podrían oponer en su favor la existencia de una usucapón completado por el causante común. (STS de 17 de mayo de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—Que la autora recurrente aduce haber adquirido la totalidad de los bienes de la herencia; es decir, el caserío con todas sus perte-

nencias, en virtud de prescripción extraordinaria, ya que poseyó el caserío citado por más de 30 años en concepto de dueña y de forma pública y no interrumpida. (F.L.L.Y.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

4. Residencia legal y continuada de un extranjero en España a efectos de adquisición de la nacionalidad española.—De los dos requisitos que la residencia en España ha de reunir (ser legal y continuada) para viabilizar la posibilidad de adquisición de la nacionalidad española al amparo del artículo 22 del Código civil, a partir de la nueva redacción dada al mismo por la Ley 51/1982, de 13 de julio, el primero de ellos entraña, como acertadamente entiende la sentencia recurrida, y aquí no se cuestiona, que no basta, al objeto indicado, cualquier estancia o permanencia en territorio español, aunque sea legal (la de los miembros del servicio diplomático o consular de una nación extranjera, o de los miembros de fuerzas extranjeras destacadas en España, o de extranjeros con pasaporte debidamente visado, etc.), sino que ha de tratarse de «residencia legal», entendiéndose por tal únicamente la que se encuentra amparada por el correspondiente permiso de permanencia o autorización de residencia, obtenida conforme al Decreto 522/1974, de 14 de febrero, si el período de tiempo a computar transcurrió antes de la entrada en vigor de la Ley 7/1985, de 1 de julio, o por el permiso de residencia que regula el artículo 13 de esta última, si el referido tiempo se desarrolló después de la vigencia de la misma; y el segundo de los citados requisitos (residencia continuada) presupone la presencia real o física del interesado en territorio español y, además, que la misma sea continuada, lo que es igual, ininterrumpida, durante el tiempo legalmente exigido..., aunque, como más adelante se matizará, la interrupción no podrá entenderse producida por la incidencia de cortos, ocasionales y justificados viajes o salidas al extranjero.

Si bien es cierto, que el requisito de la continuidad en la residencia o presencia física no deja de considerarse existente por el hecho de que el interesado haya tenido que realizar, durante el período de tiempo contemplado, cortos y esporádicos viajes o salidas al extranjero, tal permisión, a falta de fijación «ex lege» de un límite a la duración y frecuencia de los mismos, no puede por menos de merecer una interpretación y aplicación restrictiva, que ha de ser ponderada bajo las perspectivas de la accidentalidad o no frecuencia en su realización, de la brevedad en su duración y de la justificación en sus motivos, pues mantener un criterio amplio y permisivo en esta materia, además de ser contrario a la «ratio legis» del precepto regulador de esta forma de adquisición de la nacionalidad, que, como prueba del ánimo del interesado de integrarse en la comunidad española, exige expresamente que su residencia sea continuada, lo que es sinónimo de no interrumpida, podría suponer la apertura de un peligroso y siempre recusable portillo al fraude de ley. (STS de 19 de septiembre de 1988, ha lugar).

HECHOS.—La Dirección General de los Registros y del Notariado denegó a R. la nacionalidad española solicitada acudiendo éste entonces a la vía judicial. El Juzgado de Primera Instancia entendió que el actor tenía derecho a adquirir la mencionada nacionalidad por cumplir los requisitos

del artículo 22 del Código civil. Recurre la Sentencia del Letrado del Estado y la Audiencia desestima el recurso confirmando la de instancia. Recurre nuevamente el Letrado del Estado por considerar que se ha hecho aplicación indebida del artículo 22 del Código ya que la residencia de R. en España a lo largo de 10 años no ha sido ni legal ni continuada. El recurso de casación prosperó. (R.G.S.)

5. Contenido y límites de la libertad de expresión y del derecho a comunicar libremente información.—Conforme a la declaración programática del artículo 18.1 de la Constitución, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen tienen el rango de derechos fundamentales con carácter están marcados y privilegiados que, conforme a los postulados del artículo 20.4 de la propia Constitución, tales derechos vienen a constituir una serie de límites al ejercicio de las libertades de expresión que con el mismo carácter de derecho fundamental se recoge en el propio texto fundamental. La colisión entre ambos derechos fundamentales, encuadrados en la categoría de derechos de la personalidad, provocará una delimitación entre ellos, imposible de fijar apriorísticamente y sólo realizable en todos y cada uno de los casos concretos sometidos a enjuiciamiento.

De ahí que, con caracteres de cierta generalidad, la propia Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen, al fijar el ámbito en que han de desenvolverse los derechos regulados en el artículo 2 enumera una serie de supuestos de vulneración de tales derechos que, con cierta generalidad, se rubrican en el número 7 del artículo 7 como los tendentes a la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.

Pero este derecho ha de ser comedido y puesto en relación con los derechos de expresión y el de comunicación informativa, siendo de destacar con respecto a éstos que, como tiene declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 21 de enero último, los derechos consagrados en el artículo 20.1, apartados a) y d) presentan un diferente contenido y hasta diferentes límites y efectos, pues al paso que la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones y que abarcan incluso las creencias y opiniones, el derecho a comunicar y recibir libremente información versa sobre hechos que pueden denominarse como noticiables en el común sentir social, de tal modo que, como ya precisó la Sentencia de 8 de julio de 1976 del Tribunal de Derechos Humanos y puntualizó la del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1983, la comunicación informativa a que se refiere el apartado d), 1, del artículo 20 de la Constitución versa exclusivamente sobre hechos; pero con tal entidad específica que tales hechos puedan encerrar trascendencia pública a efectos de que sea real y evidente la participación de los ciudadanos en la vida colectiva, de tal forma que de la libertad de información con su efecto reflejo y correlativo que supone el derecho a recibirla es sujeto primario la colectividad y cada uno de sus miembros.

Revisión del «quantum» de la indemnización.—Es doctrina jurisprudencial ya consagrada, que el «quantum» de la indemnización no es combatible en casación (SS. de 11 de abril y 1 de diciembre de 1987 y 19 de febrero de 1988). (STS de 19 de julio de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—Ante la publicación por dos diarios asturianos de una información considerada por su protagonista como lesiva de su honor interpuso demanda contra los diversos responsables de la misma. El Juzgado estima la demanda. La Audiencia revoca la sentencia de instancia imputando a la editorial de uno de los periódicos la total responsabilidad subsiguiente a las afirmaciones vertidas en el medio y elevando el monto de la indemnización. Recurren en casación el actor y la editorial. El Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R.G.S.)

6. Audiencia de litisconsorcio pasivo necesario. Responsabilidad solidaria de autores, directores y editores.—La parte recurrente reproduce en el primer motivo del recurso... la anteriormente alegada y rechazada excepción de litisconsorcio pasivo necesario, aduciendo que no se ha demandado a la persona autora de la noticia... La noticia o gacetilla que constituye el objeto del procedimiento, se publicó en el diario «Baleares»... sin firma y sin referencia alguna respecto a su autor o a la fuente de información; así pues no le fue posible a la parte actora conocer la existencia de ese autor, o fuente oculta de información, cuya materialización en noticia es asumida por el Director del periódico que acepta las responsabilidades derivadas de su publicación, al contestar el pliego de posiciones. Esta sola circunstancia obligaría a rechazar el motivo, si no fuera de tener en cuenta, además, la doctrina legal que impone una responsabilidad solidaria, como después veremos, a los autores, directores y editores de la noticia periodística cuestionada, lo que necesariamente conduce a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.144 del Código civil, eliminando la obligación de traer al procedimiento a todas las personas responsables solidarias, y haciendo imposible, por tanto, la aplicación de la doctrina referente a litisconsorcio pasivo; todo ello sin perjuicio, claro está, de las acciones que se conceden en el artículo 1.145 del mismo cuerpo legal.

Irrelevancia de la veracidad de la información publicada como causa exculpatoria.—Pero es que además en el desarrollo del motivo lo que se pretende probar, como causa exculpatoria, es la mayor o menor veracidad de la información publicada, olvidando que la sentencia recurrida fundamenta su fallo, «en una intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen de los actores», sin hacer referencia, en concordancia con el contenido del número 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/82, a la veracidad o falsedad respecto a la divulgación de «los hechos relativos a la vida privada de una persona o familia, que afecten a su reputación y buen nombre»; se condena a los recurrentes por la intromisión y la divulgación y no por la difamación o el libelo, por lo que carece de finalidad tratar de demostrar la realidad o ficción de una vida privada, no cuestionada en la sentencia recurrida, y por tanto no susceptible de error alguno en relación con la misma; argumentos que conducen al rechazo del motivo.

Límites de la libertad de expresión. Compatibilidad de la indemnización civil procedente de la aplicación de la Ley Orgánica 1/82 y el ejercicio del derecho de rectificación.—La libertad de expresión jamás podrá justificar la atribución y difusión a una persona, identificada por su nombre y apellidos, de hechos que inexcusablemente la hacen desmerecer del público aprecio, y reprochables a todas

lucos, sean cualquiera los usos sociales del momento; protección que por otra parte debe dispensarse haciendo captación de la índole, características y circunstancias concurrentes en cada caso concreto, sin que sea legítimo aislar las supuestas ofensas al honor o a la intimidad, desligándolas del contexto que las contiene, ya que por el contrario debe estarse a la totalidad del mismo para así inducir su verdadero sentido; debiendo tenerse también en cuenta, no sólo la lesión o el daño que en la esfera íntima de su propia estimación pueda producirse el ofendido, sino también las repercusiones que puedan originarse en el ambiente social en que cada persona se mueve, lo que puede producir trascendentes consecuencias en el marco de las relaciones económicas, laborales e incluso familiares; siendo en todo caso perfectamente compatible e independiente la indemnización civil que se solicita con el derecho de rectificación regulado en la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo (SS. de 28 de octubre y de 4 de noviembre de 1986, de 26 de junio y 3 de julio de 1987 y 19 de enero de 1988). En el caso que estudiamos la gacetilla o suelto publicado... contenía elementos más que suficientes para poder determinar «a priori» que rebasaba el puro fin informativo, de narrar el hecho objetivo de la existencia de un brote de tal enfermedad contagiosa en la isla, para inmiscuirse en la vida privada de unas personas, siendo elementos fundamentales de este juicio valorativo... (un) abanico de elementos totalmente innecesarios y superfluos para poder justificar el pretendido interés social de la noticia, y que claramente invaden el respeto que merece el derecho, también fundamental, a la intimidad personal y familiar. La consecuencia que desapasionadamente se deduce de todo lo expuesto, usando como norma interpretativa de los hechos precisamente el citado artículo 3.1 del Código civil, es que según la realidad social del tiempo actual el suelto periodístico descendió a facilitar detalles e insinuaciones que de ningún modo eran parte indispensable de la noticia, cuya objetividad e interés público pudo perfectamente cumplirse, como razona la Sentencia de Instancia, sin necesidad de deteriorar la dignidad e intimidad de la vida ajena.

Revisión del «quantum» de la indemnización.—Cuando de daños morales se trata, el «quantum» de la indemnización es en principio una cuestión de hecho, atribuible por su naturaleza a la Sala de Instancia, y sólo revisable en casación a través del número 4 del artículo 1.692 de la Ley Procesal, so pena de convertir este recurso en una tercera instancia; y si bien es cierto que en algún caso se ha apuntado la posibilidad de combatir las bases de la fijación, esto sólo es posible cuando de ello hubiese una prueba evidente que resulte de la propia resolución impugnada (SS. 11 de abril y 1 de diciembre de 1987), circunstancias que no concurren en el presente caso, en el que ni se ha utilizado la citada vía procesal idónea para las impugnaciones de las cuestiones fácticas, ni existe prueba evidente que pueda desvirtuar las bases empleadas por el Tribunal «a quo» en su proceso valorativo, en el que priman de una forma especial los daños morales causados a los demandantes. (STS de 18 de julio de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—Tras la publicación por diario de Baleares de la noticia titulada «Un arquitecto palmesano con SIDA», los afectados por la información formularon demanda contra el director del periódico y la empresa editora por entender que la noticia difundida constituía una intromisión ilegítima en su derecho fundamental al honor, intimidad personal y fami-

liar y propia imagen. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda apreciando la existencia de la intromisión ilegítima denunciada, mas reduciendo el monto de la indemnización. La Audiencia confirmó la Sentencia de Instancia modificando, sin embargo, el «quantum» indemnizatorio. No hubo lugar al recurso de casación. (R.G.S.)

7. Error en la apreciación de la prueba.—En cuanto al aspecto estricto de la validez casacional del primer motivo, dado que en él se denuncia por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria un error en la apreciación de la prueba basada en informes periciales, es de indicar que: a) Como tiene declarado reiteradamente esta Sala, los testimonios de los peritos no constituyen prueba pericial, sino instrumentalizadas, por lo que su denuncia en casación debe hacerse después de la reforma introducida en la Ley de Enjuiciamiento del año 1984, por la vía del ordinal 5.º del citado artículo de la Ley de Ritos; b) Aunque la antinomia existente entre el número 4.º del indicado artículo 1.692, «error en la apreciación de la prueba, basado en documentos...», y el párrafo segundo del 1.707, que alude a los «informes aducidos en demostración del error» podían conducir a una interpretación extensiva de las pruebas incluíbles en el citado número 4.º del 1.692, dicha contradicción ha de ser resuelta en favor de este último precepto habida cuenta el carácter extraordinario y por tanto de exégesis restrictiva de la casación; c) Sin embargo, es lo cierto que la Sentencia impugnada sienta en sus consideraciones unos presupuestos fácticos respecto de los cuales emite su juicio de valor y atribuye unas consecuencias jurídicas, aspectos ambos que como tiene dicho esta Sala en su sentencia de 2 de julio de 1987, son susceptibles de revisión o de confirmación en casación.

Infracción de doctrina jurisprudencial.—El recurrente estimó que el Tribunal «a quo» ha infringido la doctrina establecida por esta Sala en la citada sentencia de 2 de julio de 1987, aspecto que requiere una especial atención, dado que si bien al hacer tal afirmación el recurrente no tuvo en cuenta que como tiene declarado este Tribunal de modo reiterado la existencia de una sola sentencia del mismo no crea jurisprudencia, no se puede olvidar, y así debe ponerse de relieve, que en el caso resuelto por referida resolución actuó la Sala Primera de este Alto Tribunal en pleno, lo cual atribuye a la misma una especial fuerza en lo que a constitución de doctrina jurisprudencial se refiere.

Transexualidad. Competencia de los Tribunales para resolver cuestiones no específicamente reguladas por norma legal. Seguridad jurídica. Aspectos a considerar en orden a la resolución de supuestos concretos de transexualidad.—Merece poner de relieve: 1) Que el Bundesverfassungsgericht (TC de Alemania Federal), ya antes de la promulgación de la Ley de 10 de septiembre de 1978, que reguló en dicho país esta materia, había admitido por sentencia de 11 de octubre de 1978 la competencia de los Tribunales para colmar las que en su opinión no son lagunas legales y sí únicamente «iuris»; 2) A su vez, el Tribunal Constitucional español tiene reiteradamente declarado, no sólo que las leyes deben ser interpretadas conforme a la Constitución, sino también que los preceptos de ésta, salvo excepciones que aquí no concurren, no tienen valor puramente programático, sino que son de obligatoria observancia por los órganos judiciales, como así establece a su vez el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Siguiendo con este «iter» argumental, se entra en el segundo de los aspectos que presenta el tema objeto de este recurso... el de si la seguridad jurídica podría verse afectada por el hecho de que no obstante mantener el recurrente su genotipo masculino, los órganos judiciales en ausencia de una específica regulación legal pueden sacralizar el cambio de sexo... Es de señalar, que el artículo 10.1 de la Constitución Española establece como derechos fundamentales de la persona, entre otros, es del «libre desarrollo de la personalidad», término éste, que en una proyección hermenéutica amplia autoriza a incluir los cambios físicos de forma del ser humano, siempre que ello no implique o suponga delito o cuando menos ilícito civil, supuestos que en este caso no concurren, tanto por razón de la despenalización de ciertas mutilaciones (art. 428 del CP) como de no estar expresamente prohibido por la normativa sustantiva ni procesal civil. Pero es que, además, no puede olvidarse: a) Que la finalidad primordial del derecho positivo es regular las relaciones sociales con criterios de realidad y de Justicia, acomodando el mismo a las exigencias y necesidades de cada concreto supuesto; b) Que aun cuando conveniente sea la regulación de la transexualidad (juntamente con la de intersexualidad), la ausencia de una concreta reglamentación de dichas figuras no puede impedir que las situaciones que vayan surgiendo no puedan ser resueltas, acudiendo para ello al sistema de fuentes que contiene el artículo 1 del Código civil; c) Que en dicha función desempeña un muy interesante papel la jurisprudencia, en cuanto si bien no es fuente directa, creadora de normas, sí cumple una muy interesante función en lo que a la aplicación del derecho se refiere, la de complementadora del ordenamiento jurídico, función que se cumple, fundamentalmente, no colmando lagunas normativas en cuanto las mismas no pueden existir, sino en base de realizar una labor de sincronización entre el Derecho positivo y la realidad social vigente, a través de una adecuada exégesis de la norma, cuando ésta existiese, o de la costumbre y de los principios generales del derecho en defecto de aquélla. d) Por último, y en conexión con todo lo que aquí expuesto, de insistir es en que la norma aun cuando muy general, existe en este caso y está representada por ese artículo 10.1 de la Constitución Española; y en que, igualmente, la citada exégesis puede ser realizada por esta Sala a través del artículo 1.6, en relación con el 3.1 del Código civil.

Tampoco puede ser obstáculo a lo que se acaba de indicar el que, como dice la Sentencia de Primera Instancia y acepta aquí la impugnada, el artículo 21 del actual Reglamento del Registro del Estado Civil de las personas disponga que «no se dará publicidad sin autorización especial, porque de ello puede resultar perjuicio para tercero... 2.º De la rectificación de sexo»; y no puede serlo, en primer lugar, porque dicha publicidad siempre será posible a través de esa especial autorización; en segundo lugar, en orden a la frase «de modo especial frente a futuros matrimonios», que se contiene en el citado precepto reglamentario, porque en la actualidad y por virtud de lo dispuesto en el artículo 73.4 del Código civil, tales matrimonios serían nulos; por último, porque la rectificación de este tipo de errores, como tiene establecido el artículo 92.1 de la Ley de 8 de junio de 1957 sobre el Registro Civil, sólo puede obtenerse por vía de la sentencia firme recaída en el correspondiente juicio ordinario, que es, precisamente, el supuesto que aquí aparece.

Otro aspecto interesante en este tema de transexualidad —que no de intersexualidad— acaso el más trascendente en orden a la resolución de cada con-

creto caso, es el relativo a las causas que hayan podido provocar en el individuo el acceder a las intervenciones quirúrgicas provocadoras del cambio exclusivamente externo de su estructura genital para convertir bien su aspecto masculino en femenino, bien al revés, dado que el genético sigue siendo el mismo. A tales efectos, debe de tenerse en cuenta el juego de los factores psíquicos... aspecto de una enorme trascendencia en estos casos, dada la circunstancia de que por razón de una acreditada personalidad psíquica de naturaleza femenina, traducida en dificultades para la inserción tanto en el sexo al que se pertenece genéticamente como en aquel otro hacia el que tiende su psique y que se ha puesto de relieve en los informes periciales, autorizan a dudar de lo que para ciertos sectores doctrinales pudiera ser causa de rechazo del cambio jurídico de sexo aquí solicitado; el que éste, al fin y al cabo, duda, puesto que no debe olvidarse y menos los órganos judiciales, la influencia de la mente en la conducta humana que puede llegar no sólo a disminuir sino incluso a eliminar esa voluntad.

Por último y como cierre a este conjunto argumental debe señalarse para concluir: a) Que el recurrente, aunque cromosómicamente varón, ofrece en la actualidad y en lo que a su proyección morfológica se refiere el sexo femenino; b) Que a la vez y psíquicamente considerado, pertenece también a dicho sexo; c) Que no se trata ahora como tampoco en la tantas veces citada sentencia de 2 de julio de 1987, de que los Tribunales operen o puedan operar un cambio genético de sexo (en cuanto éste siendo en los momentos actuales inmutable), sino de resolver la cuestión humana y social que ante ellos se presenta bajo las circunstancias que se han dejado expuestas; d) Que a tales efectos, resulta conveniente recordar la idea que contribuyó a dar entrada en el mundo del derecho a las llamadas «personas jurídicas», efectuando a través de los argumentos que se han dejado expuestos lo que bien puede ser considerado como la «traducción jurídica de un fenómeno empírico», acudiendo para ello a una interpretación extensiva del artículo 10.1 de la Constitución Española, y dando a la jurisprudencia su papel de complementadora, que no creadora, del ordenamiento jurídico, a fin de permitir el adecuado asentamiento social a quien siendo cromosómicamente de sexo masculino, por las razones de tipo psicológico y extravoluntario que se han dejado expuestas, dado su psique, sus formas externas y hasta cierto punto hoy también internas, no es ya ni física ni socialmente varón. (STS de 15 de julio de 1988, ha lugar).

HECHOS.—El recurso de casación que la sentencia resuelve trae causa de un juicio declarativo ordinario de menor cuantía en el que el actor dedujo demanda contra el Ministerio Fiscal solicitando la rectificación de nombre y sexo en su inscripción de nacimiento. El Juzgado desestima la demanda confirmando la Audiencia la sentencia de instancia. El actor recurre ante el Tribunal Supremo apoyando su recurso en dos motivos: error en la apreciación de la prueba e infracción de la doctrina establecida por la Sala Primera en sentencia de 2 de julio de 1987. Ha lugar en el que, por razones procesales, declara el Magistrado discrepante no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Supone esta sentencia la consolidación del criterio del Tribunal Supremo en torno a los problemas jurídicos suscitados por el fenómeno de la transexualidad. Vid. la sentencia de la Sala Primera de 2 de julio

de 1987 y los comentarios —entre otros— de Angel Yagüez, Díez Del Corral y Gordillo Cañas en la Ley de 1819 (1987) 1-8, Actualidad Civil 36 (1987) 2.135-2.157 y Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil 14 (1987) 4.721-4.746, respectivamente.

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

8. Letra garantizada de alguna forma por once inmuebles que dicen que pertenecen a una comunidad de propietarios.—Un contrato celebrado en 1983 entre la entidad constructora como contratista y los integrantes de la Comunidad constituida por la construcción de dichos edificios o bloques, como dueños de la obra, fue celebrado entre las mismas partes contratantes que otro anterior, es evidente que al proceso del que este recurso dimana, que tiene por objeto únicamente los efectos obligacionales propios de dicho contrato, no tienen que ser traídas terceras personas terceras personas extrañas al mismo, habiendo quedado válidamente constituida la relación jurídico-procesal entre los estipulantes del repetido contrato, que fueron, como ya se ha dicho, por una parte, la entidad constructora y, por otra, todas las personas integrantes de la Comunidad que, en su día, constituyeron para gestionar la construcción de dos edificios.

Interpretación de los contratos como motivo de casación.—El tema relativo a la interpretación de los contratos, por ser «*quaestio iuris*», no puede ser dilucidado por la vía del artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil utilizado por los recurrentes, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo (SS. de 19 de enero y 7 de marzo de 1984, 22 de enero y 18 de septiembre de 1986), sino porque la sentencia recurrida no ha tenido que resolver, ni ha resuelto problema alguno de hermenéutica contractual, sino que partiendo del hecho que, tras una valoración conjunta de la prueba practicada, con inclusión de la documental referida, considera plenamente probado, que los demandados, algunos de los cuales son los aquí recurrentes, incumplieron su obligación de satisfacer el precio de la obra ejecutada, al dejar impagadas, a sus respectivos vencimientos, las letras de cambio a que la litis se refiere y se ha limitado a extraer, dentro de los estrictos límites en que aparece planteado el debate, las consecuencias jurídicas inherentes a dicho incumplimiento contractual.

No cabe admitir la «*exceptio non adimpleti contractus*».—Quienes primeramente incidieron en incumplimiento contractual fueron los demandados, algunos de ellos recurrentes, al dejar de pagar, a sus vencimientos respectivos y conforme a lo que se había obligado contractualmente, el precio correspondiente a obras ya ejecutadas, cuyo impago fue el exclusivo determinante de que la entidad contratista dejara de terminar las obras que aún quedaban por ejecutar, tal originario incumplimiento por parte de los demandados impide que, tratando de ampararse en el posterior, y por ellos provocado, incumplimiento de la contratista en cuanto a las obras que quedaban por ejecutar y aduciendo una aquí inadmisibles «*exceptio non adimpleti contractus*», pueden quedar liberados de pago de la cantidad que señala la sentencia recurrida y que corresponde a parte del precio de la obra ya ejecutada y recibida, por lo que en modo alguno puede estimarse que dicha sentencia haya incidido en violación de los artículos 1.588 y 1.124 del Código civil.

Efectividad de la cláusula penal.—Bien la plena virtualidad de la cláusula penal conforme al artículo 1.152 del Código civil, bien con la moderación judicial de la misma que contempla el artículo 1.154 del mismo cuerpo legal, solamente puede tener lugar cuando el incumplimiento o el defectuoso cumplimiento sea debido a dolo, culpa o cualquiera otra causa imputable a la parte que asumió la responsabilidad accesoria derivada de dicha cláusula penal, en cuyos adecuados términos la pactaron las partes al establecerla para el supuesto de que las obras se demorasen por más de treinta días por causas imputables al contratista, circunstancia que no es la concurrente en el presente caso pues si el contratista no finalizó las obras no fue sino ante el previo incumplimiento de su fundamental obligación de pago por parte del otro contratante.

Interpretación del término documentos a los efectos del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—A tales efectos han de entenderse los específicamente tales, regulados y catalogados en el Código civil y leyes procesales, sin que puedan desnaturalizarse y asimilar a los mismos cuantos medios de prueba hubiesen sido documentados (S. de 8 de julio de 1987, que cita las de 29 de noviembre de 1985, 30 de enero y 25 de abril de 1986 y 23 de mayo de 1987), con arreglo a cuya doctrina no puede atribuirse el carácter de documento, al objeto expresado, al certificado de un Arquitecto que, como prueba preconstituida, los demandados aportaron con su escrito de contestación. (STS de 4 de julio de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—Se plantea una demanda en juicio de menor cuantía por una empresa constructora por la que se pide escriturar y entregar al demandante una serie de pisos por parte de una serie de personas y subsidiariamente si ha cambiado su titular registral, se solicita en la demanda que se condene a los demandados al pago de la cantidad que corresponda.

Por la representación de uno de los demandados se contestó la demanda pidiendo que se estime la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y falta de personalidad en el actor, o en su caso, y en el supuesto de desestimar dichas excepciones, entrar en el fondo del asunto, desestimando totalmente la demanda o subsidiariamente se estime que ha lugar a las compensaciones a las que se hace referencia en el escrito de contestación a la demanda. El juzgado de Instancia estimó la excepción dilatoria de falta litisconsorcio pasivo necesario.

La Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estimó en parte la demanda condenando a los demandados a abonar a la actora una cantidad de dinero. La representación de varios demandados interpuso recurso de casación. (J.A.C.G.)

9. Litisconsorcio pasivo necesario. Relatividad de los contratos. Cosa juzgada material.—Si la institución procesal del litisconsorcio pasivo necesario está proyectada doctrinalmente con la finalidad de impedir que resulten afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en juicio, o de evitar la posibilidad de sentencias contradictorias entre sí y con imposible ejecución (Sentencias de 24 de febrero y 27 de octubre de 1983 y 20 de mayo de 1987), es evidente que para esos eventos pudieran producirse se precisaría la existencia de

una relación jurídica material de cualquier índole entre el demandante y la persona no convocada al procedimiento; circunstancia ésta que en modo alguno acontece en el presente caso, pues únicamente está vinculado con la demandante el actual recurrente por virtud de esos contratos de suministro de fluido eléctrico, pero no así con la Entidad que si fue ocupante de hecho del inmueble al que se suministraba tal energía por medio de un contrato de arrendamiento, que no vinculaba en lo más mínimo a la Compañía de electricidad, respecto de la cual sería aplicable el aforismo «res inter alios acta, nec nobis nocet, nec prodest» y por ende, jamás podía esa Entidad hallarse constreñida por la santidad de la cosa juzgada material, pues en forma alguna, en una posterior y eventual litis entre la compañía de electricidad y la entidad sanitaria, podían darse las identidades previstas en el artículo 1.252 del Código civil, con la que ahora nos ocupa, sobre todo en cuanto se refiere a la «causa petendi», que aquí se funda en una relación contractual inexistente en lo atinente a dicha Entidad.

Contratos de adhesión. Contratos reglados por disposiciones administrativas.— La inexistencia de relación jurídica material entre la demandante y la Entidad sanitaria se desprende de las pólizas de suministro vigentes entre los hoy litigantes, cualquiera que sean los pactos internos entre el demandado y su arrendataria, pues es imprescindible el consentimiento de la Empresa suministradora de energía eléctrica o la extensión de un nuevo contrato a favor del ocupante de hecho del local, lo que tiene trascendencia «erga omnes» por la razón de que las pólizas de esta índole son no sólo contratos de adhesión, sino contratos reglados por disposiciones administrativas de obediencia general por tanto, como lo indican claramente las pólizas de autos, en que las tarifas y «condiciones» que se insertan están aprobadas por Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1952.

Novación subjetiva.—Es el titular de la póliza quien está obligado al pago del consumo de energía cualquiera que sea en realidad quien lo consumiere, sin perjuicio de repercutir su pago sobre éste, por vía de los pactos o reclamaciones internas que hubiere entre ambos. Y habrá que ver, en caso contrario, los posibles fraudes a que pudiera dar lugar la exoneración del contratante titular del suministro de fluido, cuando éste relegare su obligación de pago por supuestas faltas de consumo personal de dicha energía, prestándose ello a eventuales connivencias entre terceros y el titular de dicha póliza. (STS de 11 de febrero de 1988, no ha lugar.) (STS de 23 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Hidroeléctrica, Sociedad Anónima, demanda el pago de recibos atrasados por suministro de energía a quien tenía suscritos con dicha sociedad los pertinentes contratos de suministro como propietario de la finca. El demandado opone su falta de legitimación pasiva, porque el edificio lo tenía arrendado a un tercero, que había pagado algunos recibos y había utilizado en su provecho el fluido eléctrico. La Audiencia Territorial de Valencia, revocando la sentencia de Instancia declara la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario, y condena al demandado al pago de la cantidad reclamada más intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda. No prospera el recurso de casación. (I.G.P.)

10. Negocio jurídico usurario y negocio fiduciario.—El carácter usurario del préstamo lo encuentra la sentencia impugnada en la desproporción entre el importe de la deuda y el valor de la garantía. Según el fundamento de derecho séptimo, aparece manifiesta la gran desproporción existente entre el valor del inmueble cedido en dación de pago y el montante que se había reclamado en el juicio ejecutivo.

Asimismo se razona la existencia de un préstamo cubierto con garantía real excesiva para la cantidad económica de aquél, dada la desproporción entre uno y otro, y que obliga a contemplar la operación desde el punto de vista de la Ley de Usura, no tanto contrastando la deuda y la garantía, sino a partir de la diferencia entre lo realmente recibido y lo que ha de ser devuelto, ya que la finca reconocidamente aparece cedida a los solos efectos de garantizar la devolución sin plazo para ello ni cláusula de comiso.

La conclusión que se alcanza es que la situación creada por la escritura pública y documento privado de 16 de diciembre de 1977 no es aplicable la Ley de Usura, que es precisamente lo solicitado en la demanda, por lo que se impone la estimación del recurso de casación. La verdadera naturaleza de la situación producida entre las partes aquí contendientes, queda enmarcada en la figura de la fiducia «cum creditore». Así pues, no puede tildarse al negocio fiduciario de contrato ficticio o de relativamente simulado y por ello, la titularidad fiduciaria o titularidad formal habrá de despegar su eficacia conforme a lo convenido, debiendo observar el fiduciante su obligación de respetar y mantener la situación anómala creada, lo que determina la validez entre las partes de la puesta en garantía en cuanto fue determinante en el caso de las diversas prestaciones a cargo de la fiduciaria y de su causante. (STS de 25 de febrero de 1988, ha lugar al recurso de casación).

HECHOS.—La actora es dueña en pleno dominio de la finca que en la escritura pública de la misma fecha del documento privado se cedió a la recurrente sólo «instrumentalmente», como expresa dicho documento. Con esta base se declara que las escrituras públicas de 13 de noviembre de 1976 y 16 de diciembre de 1977 son nulas de pleno derecho, por encerrar un negocio jurídico usuario, simulado, nulo e ineficaz, acordándose la nulidad y la cancelación de los asientos producidos en el Registro de la Propiedad.

Es de aplicación a este recurso la doctrina reiteradamente establecida, según la cual el artículo segundo de la Ley de Usura, a tenor del cual los Tribunales resolverán en cada caso, formando libremente su convicción en vista de las alegaciones de las partes, les otorga tan absoluta libertad como que pueden formar su convicción sin necesidad de prueba alguna, cuanto más apreciar libremente las alegaciones de las partes y las pruebas producidas, especialísima facultad discrecional para resolver en cada caso, que no se halla circunscrita o limitada a los juzgadores de la instancia, sino que también la tiene este Tribunal Supremo.

NOTA.—El profesor Jordanato Barea nos definió hace tiempo con precisión el concepto de negocio fiduciario, el cual consiste en la transmisión definitiva de una cosa o de un derecho para un fin de administración o garantía que no exige esa transmisión definitiva.

El fiduciante coloca al fiduciario (adquirente) en una situación que hace posible el abuso. El acto traslativo le confiere una titularidad definitiva «erga omnes»; aunque el fiduciario está personalmente obligado frente al fiduciante a devolver el bien transmitido una vez alcanzado el fin propuesto, su posición jurídica real le proporciona siempre la oportunidad de abusar enajenando la «res fiduciaria» o contraviniendo de otro modo el «pactum fiduciae».

En el caso de autos, el Tribunal Supremo entiende que el fiduciante «debe observar su obligación de respetar y mantener la situación anómala creada, lo que determina la validez entre las partes de la puesta en garantía...»

Es porque dicho negocio se caracteriza por confluir en él (como ha señalado la doctrina legal reiteradas veces) dos contratos independientes: uno real de transmisión del dominio (con su correspondiente atribución patrimonial «erga omnes») y otro obligacional, válido para «inter partes», que constriñe al adquirente para que actúe dentro de lo convenido y en forma que no impida el rescate por el transmitente.

En conclusión podemos coincidir con el Supremo que el presente negocio es válido, real y existente, y que en modo alguno constituye un negocio simulado, sino un negocio complejo, y que como ha reconocido la jurisprudencia reiteradas veces (SS. de 14 de marzo de 1964; 22 de noviembre de 1935; 7 de enero, 10 de marzo y 25 de mayo de 1944; 28 de enero de 1946; 9 de diciembre de 1981; 19 de mayo y 2 de junio de 1982; 6 de abril de 1987) está formado por dos contratos o convenciones que pueden estimarse como complementarios, independientes o yuxtapuestos, con unidad intencional que aspira a la consecución de un fin jurídico de aseguramiento o garantía.

Por tanto, se trata, como explica la mejor doctrina legal y científica, de un negocio indirecto que se concluye utilizando las partes un tipo de contrato regulado por el ordenamiento jurídico que adoptan externamente, con fin distinto del expresado y por ello con la consciente discrepancia entre lo pactado y la intención práctica perseguida, pudiendo añadir que el reintegro de la cosa transmitida no se confía como en el retracto convencional que tan a menudo envuelve un préstamo, al ejercicio de una acción real que se confiere al vendedor para resolver la venta, una vez devuelta la suma prestada, sino a una obligación de carácter personal que asume el comprador, si bien sujeta a la condición suspensiva de que se le devuelva la cantidad que entregó antes o al tiempo de perfeccionarse el negocio jurídico concertado (véase «a fortiori» también la S. de 10 de noviembre de 1958). (F.L.L.Y.)

11. Mora. Prestación ilíquida.—Es unánime y reiterada la doctrina que viene manteniendo esta Sala en punto a aplicar el principio «in illiquidis non fit mora» a la cuestión de los intereses moratorios derivados de la aplicación de los artículos 1.100, 1.108 y concordantes del Código civil, cuyo principio centra su significación en que los meritados intereses resultan inconciliables con la reclamación de cualquier prestación desprovista de liquidez, como aconteció en el caso de autos, ya que en él, el montante cuantitativo de la reclamación de pago instada por la Sociedad actora, actual recurrida, quedó definitivamente fijado en la sen-

tencia, como resultado de deducir de la suma inicialmente convenida, 3.525.000 pesetas, la correspondiente a la penalización por el retraso en la entrega de las «entidades» cedidas a razón de 15.000 pesetas diarias, con lo cual la condena al abono de intereses habrá de computarse desde la fecha de la sentencia, y no desde la de 28 de junio de 1981, que correspondía a la interpelación judicial, conclusión la expuesta que está en la línea de la doctrina jurisprudencial y del contenido de los artículos 921 del texto procesal y 1.109 del civil a «*contrarius sensus*». (STS de 20 de febrero de 1988, ha lugar).

HECHOS.—En virtud de transacción celebrada entre los litigantes para liquidar los mutuos derechos y obligaciones dimanantes de la resolución de un contrato, se declara a cargo del demandado una deuda que había de hacerse efectiva al entregar el actor tres viviendas y seis plazas de aparcamiento en una finca urbana. Se fijó como fecha de entrega de dichas entidades el 30 de junio de 1979 y se señaló una penalización de 15.000 pesetas por cada día de retraso en la entrega, lo que efectivamente tuvo lugar. La Sentencia de Instancia condena al pago de la cantidad convenida, deducida la correspondiente a la penalización, más los intereses legales desde la interpelación judicial, a liquidar en fase de ejecución de sentencia. La Audiencia Territorial revocó parcialmente en cuanto al principal, pero mantuvo lo referente a los intereses. El recurso se basa en falta de liquidez de la deuda, y se pide que el momento inicial de cómputo de los intereses sea el de la fecha de la sentencia que estableció la liquidez definitiva. Prospera el Recurso de casación (I.G.P.)

12. Compensación de deudas.—Puede ser judicial, por lo general por vía reconvenzional, sin necesidad de que lo soliciten las partes, tan sólo desde el momento en que existen las dos deudas, quedando extinguidas «*ipso iure*» totalmente si son iguales y sobre la cantidad concurrente si son desiguales.

Condonación.—A diferencia de la compensación, la condonación debe ser alegada por quien se va a beneficiar de la misma tras la prueba de su existencia, pues si bien es cierto que lo puede ser expresa o tácitamente, siempre requiere un «*animus donandi*», que tendrá que ser demostrado de forma directa o por presunciones.

Obligaciones recíprocas.—Si bien el principio general es el de su simultaneidad, existe la excepción de lo que resulte por ley o por el propio contrato. (STS de 21 de noviembre de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—Con desestimación de la excepción de incompetencia de jurisdicción, acogida por el Juzgado, por razón de territorio y entrando a conocer del fondo del asunto planteado, la Audiencia Territorial estima en parte la demanda de reclamación de pago final del precio, en relación a la construcción del nuevo edificio para Juzgado de Eibar, por lo que la demanda debe abonar una determinada suma de dinero. No prospera el recurso de casación.

13. Resolución del contrato.—El Tribunal Supremo declara que no hay error en la apreciación de la prueba porque los documentos aportados por el demanda-

do acreditan con carácter de tales la realización de las obras por quienes las suscriben, pero en modo alguno se desprende de los mismos la deficiencia de unas instalaciones que, en su caso, habría de probarse mediante una prueba pericial, carácter de la que notoriamente carecen tales documentos.

Añade el Tribunal Supremo, a mayor abundamiento, que se trata de una cuestión de carácter evidentemente jurídico, como es la calificación que hizo la sentencia de instancia de novación extintiva, y que tanto la función de interpretación como la calificación de los contratos, están atribuidas a los órganos judiciales de instancia.

Se discutía si el Tribunal debía haber moderado la pena, habida cuenta que el incumplimiento no fue total; pero concluye el Tribunal Supremo que la moderación implica un juicio de equidad no revisable en casación y que, además, lo pagado no llega ni a una décima parte del precio. (STS de 27 de febrero de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—Vendida una finca por 32.000.000 de pesetas con condición resolutoria para el caso de impago del precio y satisfechas solamente 2.600.000 pesetas, se procede a la resolución del contrato. El comprador se opone, alegando incumplimiento por los vendedores, ya que entre las partes había mediado un primer contrato de compraventa de una finca mayor, de la que era parte la que fue objeto del segundo contrato que ahora se pretende resolver. El comprador alegaba que en aquella finca primitiva tuvo que hacer obras para aprovechar la parte de la misma que se calificaba de regadío y aducía que el segundo contrato era una novación meramente modificativa del primero.

NOTA.—La parte recurrente aduce sin éxito el juego de la «exceptio non adimpleti contractus», ya que a su juicio no pueden los vendedores que han incumplido con su obligación de entregar (entre otras cosas, 100 hectáreas de riego con la instalación adecuada, para efectuarlo) pedir la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones de pago del comprador, y ello en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.100, párrafo último, del Código civil.

La aplicación de dicho precepto se traduce en que ninguno de los obligados tiene que cumplir mientras no cumpla el otro, y al resultar dicha obligación recíproca, ambos están obligados a cumplir de forma simultánea.

Como explican los anotadores de Ennecerus aunque el Código civil no mencione expresamente dicha excepción, basta tener presente la consecuencia normal apuntada del artículo 1.100 «in fine» para afirmar que en ella está latente la referida «exceptio».

El profesor Espín nos ha resumido con gran precisión los requisitos de ejercicio de la excepción de incumplimiento:

- 1.º Existencia de un contrato sinalagmático.
- 2.º Falta de cumplimiento de la parte a que se opone.
- 3.º Alegación no contraria a la buena fe.

En el caso de autos no procede el juego de la «exceptio», precisamente porque el segundo requisito para el ejercicio de la excepción no se cumple en el supuesto. En otras palabras, no ha habido incumplimiento por parte

del vendedor. A este respecto explicita el Tribunal Supremo, que no cabe estimar el motivo, porque en la prueba de confesión prestada por el mismo, de que contrató conociendo y dando su conformidad a las aludidas instalaciones de riego, llega a la conclusión de que las nuevas instalaciones no resultan ser obra obligada por defecto de las antiguas, sino también porque, lógicamente, de los documentos aportados se acredita la realización de las obras, pero en modo alguno se desprende de los mismo la deficiencia de unas instalaciones. (F.L.L.Y.)

14. Inidoneidad del local arrendado para el destino pactado: carencia de causa.—La inidoneidad del local afectado por el vínculo arrendaticio para el destino expresamente pactado, produce carencia de causa en el arrendamiento, requerida con base en lo dispuesto en el artículo 1.274 del Código civil, caracterizada por el fin que se persigue en cada contrato, ajeno a la mera intención o subjetividad, determinado por móviles o motivos con trascendencia jurídica cuando se incorporan a la declaración de voluntad a modo de causa impulsiva reconocida por ambas partes contratantes, exteriorizados y relevantes, que es precisamente la situación que se da en el arrendamiento en cuestión.

Resolución del contrato: requisitos.—Se cumplen los requisitos que exige la jurisprudencia para que prospere la acción del artículo 1.124 del Código civil, en cuanto existe una obligación exigible, reciprocidad de obligación, incumplimiento del arrendador, ejercicio de la acción por el perjudicado, voluntad del arrendatario de acogerse a la opción que concede el referido artículo 1.124, voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento y obligación no accesoria o complementaria, sino, por el contrario, principal. (STS de 21 de noviembre de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—En la demanda se solicita la resolución de un contrato de arrendamiento, con indemnización de daños y perjuicios, por no poder ser destinado el local arrendado al destino pactado de escuela y comercialización de informática, por impedirlo determinadas disposiciones administrativas.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial estimó el recurso interpuesto. No prospera el recurso de casación.

15. Venta de parcela por ayuntamiento. Condición de destinarla a instalación de industria con empleo de mano de obra local al 50 por 100. Incumplimiento por el primero y el segundo comprador. Resolución del contrato.—Los móviles o motivos subjetivos de las partes pueden tener, como admite autorizada doctrina científica, repercusión jurídica, siempre que sean reconocidos por ambos contratantes, que los elevan a condición determinante del pacto concertado, reconocimiento que ha de constar debidamente documentado; en el presente caso, asumidas expresamente por los demandados las obligaciones que a los compradores les imponía el pliego de condiciones bajo el que se había celebrado la subasta de la finca litigiosa, tales obligaciones, al haber sido elevadas a una de las condiciones determinantes de la enajenación realizada, constituían una contraprestación que no puede calificarse, cual lo hace la sentencia recurrida, como «obligación accesoria», al estimar que en la convención que nos ocupa sólo tiene el

carácter de obligación principal la de pago del precio, todo lo que determina que al verificarse una interpretación ilógica de las merítadas cláusulas contractuales incidiera en la infracción de lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código civil y, por ende, en los demás preceptos que se acusan como vulnerados, entre ellos el 1.124 del propio cuerpo legal. (STS de 30 de septiembre de 1988, ha lugar).

NOTA.—El caso aquí resuelto constituye un ejemplo de la política de desarrollo industrial de las pequeñas localidades (en concreto, un pueblo cercano a Zaragoza) para la que utilizan los mecanismos que ofrece el Código civil. Se había sacado a subasta una parcela propiedad del Ayuntamiento, figurando en el pliego de condiciones que el adquirente se comprometía a dedicar la misma a la instalación de una industria, procediendo a realizar sobre la misma las obras que lo hicieran permisible dentro del término de dos años a partir de la fecha del otorgamiento de la escritura, y debiendo emplear en la industria que se instalase un 50 por 100 de mano de obra asalariada de personas que fueran vecinas del pueblo. El primer adquirente lo enajenó, a su vez, con idéntico condicionamiento. En primera instancia se resolvió la venta, mientras que la Audiencia Territorial revocó la sentencia. El Tribunal Supremo estima el recurso del Ayuntamiento. El segundo comprador se encontraba en suspensión de pagos y ello explica el interés del Ayuntamiento por excluir la parcela del patrimonio del suspenso.

El argumento de la sentencia revocada de que por tratarse de una determinación accesoria de la voluntad contractual, no constituía una obligación principal cuyo incumplimiento desencadenase el ejercicio de la acción del artículo 1.124, parece inconsistente, pues cualquier Manual enseña que tales cláusulas o determinaciones accesorias se convierten en principales al ser asumidas por las partes contratantes. Surge, no obstante, la duda de si esa obligación consistente, fundamentalmente, en adjudicar a la parcela un destino industrial y emplear mano de obra local al 50 por 100 se califica correctamente de condición o merece más bien el título de modo o carga. El contenido es claramente un «faeere» (obras de acondicionamiento industrial y contratación por mitad de vecinos) en un plazo bien delimitado (dos años). De ser condición la sentencia extractada no aclara si se incluye entre las suspensivas o —lo que parece en atención a las circunstancias— de resolutoria. En todo caso, no resulta «prima facie» que el 1.124 esté imaginado para esta clase de incumplimientos, y en ningún momento habla la sentencia, por ejemplo, de voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, ni de la necesidad de requerimiento. Como existe una laguna en el caso de incumplimiento de obligaciones condicionales, los Tribunales acuden a la aplicación analógica del 1.124, lo que no está exento de problemas. La solución, por lo demás, salvo de estas imprecisiones de técnica jurídica, parece adecuada. La frustración del fin del contrato era evidente (G.G.C.)

16. Resolución del contrato de compraventa en virtud del artículo 1.504 del Código civil.—Es preciso para que tenga éxito la resolución del contrato con base en el artículo 1.504 del Código civil una voluntad manifiesta de incumplir,

sin que se pueda exigir una aplicación literal de una voluntad deliberadamente rebelde, que sería tanto como exigir dolo en el incumplimiento, sino que más razonablemente es suficiente apreciar incumplimiento, como ha ocurrido en el supuesto ahora contemplado, cuando se frustra por la conducta de la parte el fin contractual, o cuando se obligue al acreedor a acudir a la vía judicial para obtener el cumplimiento, ante el largo tiempo de inactividad en el pago del comprador y adeudándose una suma importante con relación al total precio del inmueble vendido. En consecuencia, habiéndose cumplido oportunamente el requerimiento de pago que exige el artículo 1.504 del Código civil, por medio de acta notarial, no puede concederse al comprador nuevo término, por lo que vista su inactividad y larga pasividad ha de acordarse la resolución del contrato; resolver en otro sentido sería dejar el contrato al arbitrio del comprador, lo que prohíbe el artículo 1.256 del Código civil. (STS de 12 de mayo de 1988, ha lugar).

HECHOS.—En la demanda se solicitó la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la obligación de pago. La Audiencia Territorial no consideró procedente la resolución, absolviendo al demandado, revocando la sentencia del Juez de Primera Instancia, que había acogido la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. Prospera el recurso de casación.

17. Compraventa de solar pactándose la limitación de no edificar.—En el recurso de casación, el demandado alegaba infracción de los preceptos del Código sobre interpretación de los contratos, pues al tratarse del establecimiento de un gravamen, no cabía la interpretación extensiva, y que la oscuridad no debe favorecer al causante de la misma. En consecuencia, considera que no se infringían las limitaciones, pues las terrazas tienen la anchura de tres metros permitida y el cerrado de las mismas, mediante estructura metálica y cristales, no está prohibido, ya que al hablar de terrazas no especifica si abiertas o cerradas, y las sentencias dictadas en materia de arrendamientos urbanos expresan que techar o cerrar una galería o terraza no es ganar un espacio, sino limitarlo.

En otro orden de cosas, el Tribunal Supremo declara que no puede entenderse que la interpretación de la Audiencia sea extensiva, ni que haya oscuridad provada por el actor-vendedor, pues las limitaciones se establecen en beneficio de todos los adquirientes de solares, pudiendo afirmarse que son mutuamente predios dominantes y sirvientes, aspecto puramente declarativo, consistente en la búsqueda del sentido de la norma. (STS de 25 de febrero de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—En un contrato de compraventa de un solar, se había pactado la limitación de no edificar ni hacer plantaciones en una franja de doce metros, con el fin de no impedir las vistas a los demás solares; se especificaba que hasta nueve metros se podía utilizar para jardín y hasta tres, para terraza adjunta a la edificación. El demandado hizo obras consistentes en, por una parte el cerramiento con estructura metálica y cristales, de la terraza adjunta a la edificación, y por otra, en la construcción en la zona de nueve metros de una terraza cubierta con su toldo de láminas graduables y con cierre metálico y cristales en uno de los lados.

La Audiencia revocó la sentencia del Juzgado y declaró improcedentes las obras ejecutadas por el demandado. (F.L.L.Y.)

18. Donación con carga modal.—Por argumentación «a simili» con el 798 del Código civil —modo testamentario— extensible en su aplicación al supuesto de donación modal, permite que cuando la institución no pueda tener efecto en los mismos términos ordenados por el testador se cumpla en los más análogos y conformes a su voluntad. Pues bien de la combinación de tales preceptos (arts. 647 y 798 Cc.) resulta que dentro de las finalidades previstas en la repetida donación el uso como residencia oficial del palacio «X» ha pasado a ser el prevalente y determinante generador al propio tiempo de una manifiesta y patente incompatibilidad con el cumplimiento de la segunda finalidad constitutiva de la carga o modo cualificado. De lo cual resulta que, transcurridos seis meses consecutivos sin que aquellos bienes se les de su destino propio, la repetida donación quedó resultta, naciendo el derecho a exigir del donatario la reversión de los objetos donados al patrimonio del actor.

Que fue voluntad de las partes elevar el incumplimiento del destino señalado a supuesto de hecho productor «ipso inre» de la extinción de la relación sin configurar como mero poder jurídico para obtener la revocación del artículo 647 del Código civil, y siendo ello así que al operar con eficacia «ex tune a simili» con la condición resolutoria destruye el título adquisitivo desde el inicio ocasionando la pérdida inmediata del dominio que hasta aquel instante ostentó el donatario sobre los bienes. (STS de 26 de mayo de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—En la Escritura Pública de Donación y Constitución de Fundación «X» estipularon los comparecientes que los bienes donados se destinaran a perpetuidad a los fines que se indican en los Estatutos de la Fundación, constituyendo el cambio de destino o su no utilización por un período superior a seis meses consecutivos, causa de reversión de dichos bienes que se pasarán de nuevo al patrimonio de la donante y si ésta hubiera fallecido, al de sus herederos. Asimismo, el cambio de destino de los bienes producirá de derecho la revocación de la donación en los términos prevenidos en la escritura de donación revertiendo los bienes a las personas que en ella se señalan. El móvil que guió a la donante fue el de crear con los bienes donados un museo de arte para provecho del pueblo de Baleares, destinando su casa-palacio a la mentada instalación. Es un hecho reconocido por las partes litigantes que debido a que el inmueble es residencia «oficial», inevitables razones de seguridad imponen el cierre permanente del museo al público, forzando así su incumplimiento modal.

NOTA.—Parece claro colegirse del pleito objeto de estudio que lo que realmente ha habido en la donación de autos es un incumplimiento de la obligación como condición resolutoria que produce «ipso inre» la resolución «ex tune»; pero no un incumplimiento de la carga modal, porque las partes establecieron el incumplimiento como condición resolutoria de suerte que éste funciona como tal condición automáticamente y no «stricto sensu» una revocación de una carga modal, en lo que «a contrario», lo que existe es una facultad de resolver, es decir, que el donante está autorizado para pedirla cuando el donante jurisprudencial —ésta entre otras, 18 de diciembre de 1956, 23 de noviembre de 1964, 8 de mayo de 1965, 24 de febrero de 1966, 29 de septiembre de 1982, etc.—, como asimismo nuestra mejor doctrina (por todos, Albaladejo).

Lo que decíamos se confirma en el caso objeto de nuestro pleito, en donde se da por cierto y probado que la voluntad de los contratantes, Ley Rectora de la relación jurídica contractual en todo aquello que no se oponga a normas de derecho necesario fue la de configurar el cambio de destino o la no utilización continuada de los bienes, no como un presupuesto de un derecho potestativo a obtener la revocación, sino como un evento determinante «per se» de la automática pérdida de eficacia sobrevenida del negocio, esto es, una auténtica condición resolutoria, por lo que el incumplimiento de aquel modo cualificado impuesto por el donante provoca el efecto previsto en el artículo 1.124 del Código civil. (F.LL.Y.)

19. Responsabilidad decenal por vicios de construcción.—La aplicabilidad del artículo 1.591 del Código civil se apoya en la existencia de ruina, por no ser útil lo edificado para su destino. La doctrina de esta Sala declara que la aplicación del artículo 1.591 alcanza al promotor-constructor, para quien la ruina potencial tiene el alcance de un total incumplimiento contractual cuando lo construido es inservible para su fin.

Legitimación de los sucesivos adquirentes.—La responsabilidad exigible a los técnicos en dirección, aunque en principio origina la legitimación para exigirla en el constructor, no excluye la de los sucesivos adquirentes de la edificación, siempre que actúen dentro del decenio del artículo 1.591.

Solidaridad.—Cuando no se puede establecer una conducta como exclusivamente causal de la ruina, ni cuantificar su influencia en el resultado, la condena a constructor y técnicos ha de ser solidaria.

Autonomía de la acción de responsabilidad decenal frente a la de saneamiento por vicios ocultos en la cosa vendida.—El concurso de los requisitos que permiten ejercitar la acción de ruina, la identifican y definen frente a la que corresponde a vicios ocultos contemplada en el artículo 1.484 del Código civil, por deficiencias de menor entidad y consecuencias para la utilidad de lo construido. (STS de 16 de febrero de 1985).

HECHOS.—La sentencia impugnada condena solidariamente al promotor, al arquitecto y al aparejador, al pago de la cantidad que importó la reparación de una solera, mal dirigida y ejecutada, en la nave industrial que adquirió la actora, que por sus deficiencias llegó a ser inservible para el uso contemplado en el contrato (reparación de vehículos pesados), que constituía su finalidad. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—No creo que el criterio de la gravedad del vicio sea decisivo para diferenciar la acción de responsabilidad decenal, propia del contrato de obra, y la de saneamiento por vicios en la cosa vendida, ya que el artículo 1.484 parte del presupuesto de la gravedad del vicio oculto.

Consúltese la Sentencia de 16 de septiembre de 1988, que anoto en este fascículo del «Anuario de Derecho Civil». (A.C.S.)

20. Principio de relatividad del contrato. La consideración de los adquirentes de las viviendas como terceros.—La tesis de que, al haberse vendido locales y viviendas, son los adquirentes de éstas los únicos legitimados para postular las

obras de reparación del inmueble, es absolutamente imprósperable y carente de todo fundamento, si se tiene en cuenta el artículo 1.527, consagrador del principio general de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgaron y sus herederos, de tal modo que los compradores de las viviendas y locales basan su título en un contrato de compraventa que las liga con la inmobiliaria, al paso que ésta viene ligada por un contrato de obra con la actual recurrente, al postular su condena de reparación del inmueble construido, contratos de tan distinta y dispar naturaleza que no permiten la subrogación en los términos pretendidos y donde los adquirentes conservan su carácter de terceros a la entidad recurrente. (STS de 16 de septiembre de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—Una empresa constructora demandó a otra y a la compañía de seguros por deficiente construcción de un edificio, solicitando que se declarase la obligación de hacer a su costa las reparaciones necesarias.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial estimaron la demanda. En el único motivo del recurso de casación se alega que el fallo infringe el artículo 1.212 del Código civil, ya que la venta de lo construido a terceros transfirió a éstos el derecho contractual a exigir la reparación de los defectos. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia se aparta de una reiterada doctrina jurisprudencial que ha admitido la legitimación de los sucesivos adquirentes de las viviendas y locales con vicios de construcción para dirigirse directamente contra el contratista, el arquitecto y los técnicos que ha contratado el promotor para la construcción del inmueble, por ser causahabientes a título particular (art. 1.257 del Cc.) y subrogarse en los derechos del promotor (Vid. Cabanillas, *La legitimación del adquirente del edificio para ejercitar la acción de responsabilidad decenal*, «ADC», 1988, pp. 667 y ss).

Hay que tener en cuenta que, en la actualidad, nuestra jurisprudencia, en numerosas sentencias, afirma la responsabilidad solidaria del promotor, del contratista, del arquitecto y de los técnicos que han intervenido en la obra, frente a los adquirentes de las viviendas y locales con vicios de construcción. (A.C.S.)

21. Responsabilidad decenal por ruina. Solidaridad.—Es doctrina legal sancionadora la de que la responsabilidad en los supuestos de la ruina de las edificaciones atribuible a los intervinientes en la construcción de las mismas, sólo procede establecerla con carácter solidario cuando no sea posible individualizar la atribuible a cada partícipe. (STS de 25 de noviembre de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—El presidente de una comunidad de propietarios demandó a la sociedad promotora, a los arquitectos y al aparejador por presentar el inmueble construido graves defectos de construcción. La sentencia del Juzgado estimó en parte la demanda, condenando exclusivamente a la entidad promotora a indemnizar al demandante. La Audiencia Territorial estimó el recurso de apelación, condenando solidariamente a todos los demandados. No prospera el recurso de casación.

22. Responsabilidad por vicios de construcción. Indemnización de daños y perjuicios.—La sentencia de apelación en ningún modo ha dado lugar a más de

lo pedido en la demanda, sino que, acertadamente, ha establecido un módulo de indemnización ajustado a la realidad de la progresiva devaluación de la moneda, en una obligación que se traduce en pago de dinero, con lo que no ha hecho más que aplicar un criterio que ha sido mantenido por la jurisprudencia de esta Sala, criterio que no supone incongruencia, en una pretensión de resarcimiento, cuyos límites iniciales no se traspasan.

Acto que implican renuncia.—Han de ser inequívocos, reveladores de la dejación de un derecho, significación que no cabe atribuir a una primaria averiguación de las causas de la ruina, cuando, por no ser técnico el actor o por otras razones probadas, no consta que las conociera.

Responsabilidad necesaria solidaria de los constructores.—En el supuesto de ruina funcional, cuando no es posible determinar cuantitativamente la parte de la culpa que corresponde a cada una de las personas que han intervenido en la ejecución de la obra, rige el principio de solidaridad. (STS de 7 de julio de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—La sentencia impugnada, condena a los demandados, constructor y arquitecto y aparejador, solidariamente, a que paguen a la Comunidad de Propietarios actora, los costos de reparación de los defectos de construcción del edificio, consistentes en grietas y humedades, que son debidos a falta de la debida diligencia en el planteamiento, dirección, vigilancia y ejecución de la obra. No prospera el recurso de casación.

23. Responsabilidad solidaria por vicios de construcción.—Si la participación responsable no es posible discriminarla o separarla con nitidez, esa responsabilidad puede ser reclamada solidariamente.

Litisorciorio pasivo necesario.—Por virtud del vínculo solidario, la situación procesal de litisorciorio pasivo necesario ya no puede darse, por carecer de sus presupuestos. (STS de 14 de julio de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—Una cooperativa de viviendas y una comunidad de propietarios demandaron al contratista y al arquitecto por presentar las edificaciones construidas graves defectos de construcción.

El Juez de Primera Instancia rechazó la demanda al admitir la excepción de litisorciorio pasivo necesario. La Audiencia Territorial revocó este fallo. No prospera el recurso de casación.

24. Naturaleza jurídica del contrato del arquitecto.—El contrato del arquitecto, que incluye variedades del de obras y del de servicios, merece esta última calificación cuando lo convenido fuere la prestación de un trabajo o actividad en sí misma considerada y con independencia del resultado; mientras que si lo pactado es fundamentalmente un resultado, nos hallamos en presencia de un arrendamiento de obra (SS. de 19 de junio de 1982; 29 de septiembre de 1983; 29 de junio de 1984; 27 de octubre de 1986; 10 de febrero, 29 de mayo y 30 de mayo de 1987), siendo ésta la calificación jurídica que corresponde cuando lo encargado al arquitecto fue la realización de un proyecto de edificación, en cuanto el objeto viene constituido por el resultado prometido por el profesional. (STS de 25 de mayo de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—La demandada dirigió al Colegio Oficial de Arquitectos de Valencia y Murcia una carta en la que interesaba se requiriera al arquitecto contratado para que presentara el trabajo que hubiera realizado y al propio tiempo interesaba que se valorara el mismo, manifestando su voluntad de abonar los honorarios correspondientes. El arquitecto presentó el trabajo realizado, señalando los honorarios. La demandada se negó a pagarlos, alegando en el proceso falta de legitimación pasiva y que el proyecto no reunía los requisitos precisos para la realización de la obra proyectada.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda de reclamación de honorarios. La Audiencia Territorial revocó esta sentencia. No prospera el recurso de casación.

25. Contrato del arquitecto. Derecho a la percepción de los honorarios aunque la obra no puede realizarse por razones urbanísticas.—Si bien es cierto que el Gobernador civil comunicó al Ayuntamiento que el proyecto no se ajustaba a las normas de edificabilidad de la zona, con arreglo a las cuales en la parcela no se podían construir más de trescientas cuatro plazas conforme al plan general, razón por la que el Ayuntamiento y las sociedades adjudicatarias dejaron sin efecto lo acordado, recibiendo éstas el precio de la adjudicación y la fianza definitiva, así como una indemnización, no existe razón alguna para no satisfacer a los arquitectos sus honorarios, ya que no hicieron más que cumplir un pliego de condiciones al que las partes (el Ayuntamiento y las sociedades adjudicatarias) se ajustaron. (STS de 17 de junio de 1988, no ha lugar).

HECHOS.—El pleno de un Ayuntamiento aprobó los pliegos de condiciones económicas y facultativas para la subasta de una parcela, donde figuraba la obligación del adjudicatario de construir cuatro mil plazas hoteleras. La parcela fue adquirida por dos sociedades, que encargaron a dos arquitectos la redacción del proyecto, abonándoseles los honorarios. El Gobernador civil comunicó al Ayuntamiento que el proyecto no se ajustaba a las normas de edificabilidad de la zona, ya que en la parcela no se podían construir más de trescientas cuatro plazas hoteleras. Por ello, el Ayuntamiento acordó invalidar los acuerdos de aprobación del pliego de condiciones de la subasta y adjudicación de la parcela, reconociendo a las sociedades el derecho a la devolución del precio de adjudicación y a una indemnización. Una de las sociedades reclamó a los arquitectos la devolución del importe de los honorarios percibidos, a lo que se opusieron los arquitectos.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda de la sociedad, que interpuso recurso de casación, alegando, entre otras cosas, que la realización de un proyecto imposible de ejecutar determina la inexibilidad de la contraprestación. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Es importante subrayar que el Tribunal Supremo tiene en cuenta el hecho de que la documentación técnica fuese derechamente opuesta al plan general, y que ello fuese conocido por el Ayuntamiento y las sociedades adjudicatarias.

En el recurso de casación, la sociedad demandante cita la sentencia de 19 de junio de 1982 para justificar que los arquitectos no tienen derecho a los honorarios profesionales, siendo el proyecto de imposible realización.

La sentencia de 19 de julio de 1982 desestimó la pretensión del arquitecto proyectista de reclamación de honorarios profesionales, partiendo de que el pago de los honorarios estaba condicionado a la obtención de la licencia de obra, que fue denegada. No prosperó la muy razonable argumentación del arquitecto de que, si el proyecto en cuestión no era viable, ello no implicaba que no pudiera modificarse, adaptándolo, dentro de la prestación de tracto sucesivo inherente al arrendamiento de servicios, a la normativa municipal. El Tribunal Supremo, sin embargo, considera que esto no es posible, por ser una prestación de resultado, propia del contrato de obra. (A.C.S.)

26. Depósito mercantil. Conservación de carne en frigorífico. Obligación de custodia. Grado de diligencia. Acción subrogatoria del asegurador que paga los daños.—El depósito mercantil, como remunerado, impone una obligación de guarda, que, de accesoria a la retribución, pasa a ser obligación específica y característica del contrato, cuya causa es la custodia (S. de 5 de mayo de 1975), como deber especialmente cualificado, por lo que el artículo 306 del Código de Comercio impone un mayor rigor al depositario en el cumplimiento de tal deber (S. de 26 de mayo de 1986).

Caso fortuito. No concurrencia.—Es todo suceso no culposo, imposible de prever, o que previsto sea inevitable, y por tanto realizado sin culpa alguna del agente, por lo que el vínculo de causalidad se produce entre el acontecimiento y el daño, sin que en él intervenga como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del agente, circunstancia que no concurre en los hechos que la sentencia impugnada declara probados, a saber, que hubo negligencia en la entidad depositaria, que utilizó en la cámara frigorífica una válvula no adecuada, la que hace funcionar desprovista de la carcasa de protección, omitiendo periódicas revisiones de la instalación para precaver eventos semejantes.

Prueba pericial.—No puede confundirse con la documental, pues son medios de prueba distintos y, por tanto, no es subsumible aquélla en la hipótesis contemplada por el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la prueba pericial es de apreciación por el juzgador según las reglas de la sana crítica, sin estar obligado a sujetarse a su dictamen, lo que impide que pueda denunciarse error en su apreciación, que es discrecional, según las reglas de la sana crítica, a las que se refiere el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reglas no constantes ni previstas en ninguna norma valorativa de prueba, careciendo de eficacia fundar en ella la casación, lo que equivale declarar la libre valoración de este medio de prueba, llegándose a la conclusión de que esta prueba tiene el único valor de «auxiliar al Juez, ilustrándole»; en el presente caso, el recurso se basa en el contenido de un dictamen pericial, mientras que la sentencia se apoya en otro y en los informes del Comisariado Español Marítimo y del Instituto del Frío, que aunque fueron emitidos fuera del proceso son de libre valoración del Juez, ya se les considere prueba documental o testifical; por todo ello permanece incólume la base fáctica de la sentencia recurrida.

Onus Probandi.—El artículo 1.214 del Código civil conforma un principio general sobre atribución de la carga probatoria, de carácter esencialmente genérico y sin regla alguna encaminada a valorar o dar eficacia a los diversos medios de prueba, razón por la que no puede servir de base su supuesta violación a un motivo casacional por infracción de Ley; de otra parte, dicho artículo, en su aparente sencillez y acierto, lo que realmente contiene es la doctrina del «onus probandi», que al establecer las consecuencias perjudiciales de la carga de la prueba, sólo entra en juego cuando se carece de ella, pero existiendo en el proceso, como ocurre en el presente caso, nada importa quien la haya aportado.

Error de hecho. Defectos formales del recurso.—Al no citarse un solo documento para fundar el error de hecho, se incumple la exigencia del artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; además, repetidamente ha declarado el Tribunal Supremo que por mucha que sea la flexibilidad que después de la reforma de 6 de agosto de 1984, se haya introducido en el mencionado precepto en relación con el rigor formal de la casación, no puede llegarse a que en este recurso extraordinario el Tribunal reconsidere determinados elementos de convicción obrantes en el proceso, y ya ponderados para con una nueva interpretación de los mismos, injustificada por no haber incidido en ilegalidad o notoria falta de lógica la sentencia de instancia, sentar conclusiones fácticas contrarias a las de la sentencia combatida y acomodadas a la tesis de la parte recurrente (STS de 8 de julio de 1988, no ha lugar).

NOTA.—Se desestima la demanda en primera instancia, pero en apelación se da lugar a la reclamación de la Compañía aseguradora que había abonado los daños causados. El recurso se apoya fundamentalmente en un informe pericial que sostiene la teoría del caso fortuito en la causación de los daños producidos a la carne conservada en el frigorífico. La sentencia (Pte. Sr. Fernández Cid) hace un notable estudio del valor de la prueba pericial que auxilia, pero no vincula al Juez, por lo que no sirve para fundar un motivo de casación por error de hecho; de paso se reitera la doctrina jurisprudencial a propósito de la flexibilización introducida en la interposición de recursos de casación por la reforma de 1984. (G.G.C.)

27. Indefensión.—La indefensión sólo puede producirse por una negativa expresa o tácita a resolver conforme a Derecho.

Incongruencia en el fallo.—La incongruencia en el fallo, para que sea tal, ha de ser por contradicción en la misma parte dispositiva, no en relación o contraste con el de otra resolución y de distinto órgano judicial.

«Reformatio in peius».—Tal figura proscribire la agravación de la situación del recurrente en una instancia, grado o recurso superior, no solamente cuando se apela, recurre o se adhiere a la apelación la contraparte, sino en otros varios casos, como es el aquí contemplado, por una razón de lógica procesal; en efecto, al rechazar la demanda en la instancia el juzgador de primer grado y recurrir en apelación el actor, obviamente está combatiendo esa sentencia apelada, porque ha rehusado entrar en el conocimiento de la cuestión de fondo, con lo que está expresamente propugnando su conocimiento por el Tribunal Superior y por imperativo procesal queda expedita la vía del pronunciamiento que corresponda en

justicia a dicho Tribunal, y admitiendo con ello el recurrente la eventualidad de que sean rechazadas de plano y en profundidad las pretensiones de la demanda, lo que quiere decir que de adoptarse la tesis del recurrente en este caso, el órgano judicial superior ser vería constreñido a fallar únicamente en el sentido favorable a la actora apelante, lo que induce al absurdo.

Extinción de arrendamiento.—El contrato de arrendamiento fue dejado sin efecto al ser vendida la finca ubicación del negocio a la entidad mercantil demandada y recurrida por más que los pactos entre arrendador y arrendatario al efecto no consten con pormenorizado detalle, ya que consta la extinción del mismo por prueba que no ha sido desvirtuada. No consta fuera objeto de consentimiento o aprobación por el arrendador, hoy fallecido, el contrato de sociedad civil entre el arrendatario y la ahora recurrente, por lo que la relación negocial arrendaticia se trabó *intuitu personae* entre los citados A y B, de donde se infiere que el contrato societario formalizado entre B y la recurrente es materia extraña a A y su derecho —habiente X como compradora de la finca en que está situado el negocio arrendado, respecto de la cual y en lo atinente a tal negocio rige el aforismo *res inter alios acta nobis, nec nocet, nec prodest* y consecuentemente la extinción del arrendamiento llevado a cabo por el arrendatario con el arrendador, no afecta para nada a la hoy recurrente, que tan sólo está vinculada con B y contra el cual únicamente podría ejercitar los derechos de que se crea asistida.

Lo que además está previsto en el artículo 1.571 del Código civil, por el que se rige el arrendamiento de industria, en el sentido de que, de todas formas, la entidad recurrida al adquirir la finca tenía derecho a la extinción contractual arrendaticia de referencia, que, en efecto, tuvo lugar a raíz de su adquisición. (STS de 15 de marzo de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Con idéntica fecha se celebraron sucesivamente dos contratos. El primero —arrendamiento de industria— entre A (propietario de la misma) y B. El segundo —sociedad civil irregular— entre B y C, en orden a la explotación conjunta de la industria arrendada por B. Meses más tarde A vende la industria y las fincas en que ésta se ubica a la empresa X, que, dando por terminado el arrendamiento, continúa con la explotación del negocio, a la sazón, un aparcamiento de automóvil, lavado y engrase. C demanda a la empresa X. El Juez de Primera Instancia no estimó la demanda por falta de personalidad de la actora. La Audiencia Territorial, desestimando la mencionada excepción y entrando en el fondo, absolvió a la demandada. El recurso de casación no prosperó. (R.G.S.)

28. Interpretación de las cláusulas contractuales y valoración de otras pruebas.—El arrendatario plantea el recurso de casación basándose en que el aprovechamiento de la finca es rústico y no pecuario.

El segundo Fundamento de Derecho se apoya en el capítulo IV, título II, libro IV del Código civil, que comprende de los artículos 1.281 al 1.289. Concretamente, el artículo 1.281 dice que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. En el contrato privado suscrito entre arrendador y arrendatario se reitera con insistencia en sus diversas estipulaciones que se trata de un arrendamiento pecuario, lo cual aparece, además, corroborado por la restante prueba

practicada, que fue valorada en su conjunto por la Sala de Instancia y en la que se constata que las fincas arrendadas no han sido destinadas, en ningún momento de la vida del contrato, por el arrendatario, aquí recurrente, que es de profesión ganadero, al cultivo agrícola, sino exclusivamente al pasto para el ganado de su propiedad.

Duración de los arrendamientos de fincas rústicas destinadas a aprovechamiento ganadero.—Según la disposición transitoria primera de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, los contratos existentes a la entrada en vigor de esta Ley se regirán en cuanto a su duración por lo establecido en la legislación anterior. El contrato de arrendamiento de fincas rústicas para aprovechamiento ganadero se concertó el 1 de octubre de 1972 con una duración de seis años y posteriormente se prorrogó por acuerdo de las partes por un año más. Al contrato le es de aplicación lo dispuesto por el artículo 9.6.1 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959, que establece que para aquellas fincas cuyo principal aprovechamiento sea ganadero, cualquiera que sea la cuantía de la renta, el plazo mínimo de duración del contrato será de tres años, y transcurrido el plazo contractual el propietario podrá arrendar nuevamente la finca a quien tenga por conveniente o explotarla en la forma que desee, siempre que ésta no sea contraria a las disposiciones entonces vigentes. No siendo de aplicación el párrafo 1.º del apartado a) del artículo 2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 28 de junio de 1940, coincidente con el párrafo 1.º del apartado a) del artículo 9 y con el apartado 1 del artículo 10 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959. No teniendo, consiguientemente, el arrendatario derecho a prorrogar el contrato, porque este derecho de prórroga no se aplica a los arrendamientos de fincas rústicas cuyo principal aprovechamiento sea el ganadero. (STS de 15 de julio de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Estamos ante un caso en el que el arrendador plantea una demanda para que se declare resuelto un contrato de arrendamiento de varias fincas rústicas para destinarlas a una actividad ganadera. El plazo inicial pactado fue de seis años y posteriormente se acordó prorrogarlo por un año más.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Territorial confirmó tal sentencia. (J.A.C.G.)

29. Exclusión de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980.—A tenor de lo dispuesto en el artículo 6 de la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos quedan exceptuados de los preceptos del presente texto legal los arrendamientos entre parientes en línea recta, o entre colaterales hasta el segundo grado, ya lo sean por consanguinidad, por afinidad o por adopción, salvo que se otorguen por escrito con sumisión expresa a esta Ley. Esto mismo se establecía en el apartado 3 del artículo 1 del derogado Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959, bajo cuya vigencia se concertó el contrato verbal que da origen al litigio objeto de este comentario. Entre arrendador y arrendatario existe un parentesco de tercer grado en línea colateral porque el arrendador era tío carnal del arrendatario por ser hermano de la madre de éste, con lo cual no le alcanza la exclusión del citado artículo 6 de la Ley de Arrendamientos Rústicos.

Aplicación de la vigente Ley de Arrendamientos a contratos concertados con anterioridad a su entrada en vigor.—Como ha reiterado el Tribunal Supremo (SS. de 12 de marzo y 9 de abril de 1984, 11 de junio de 1985, 11 de julio y 29 de abril de 1986), en virtud de la retroactividad de grado medio que proclama la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, ésta ha de aplicarse a los efectos de la relación que nazca después de estar ya vigente dicha nueva Ley, cuales son los derechos de retracto derivados de transmisiones efectuadas ya vigente la misma, aunque el contrato de arrendamiento sea de fecha anterior, siendo éste el presente supuesto litigioso, pues la compraventa de la que el demandante pretende derivar su derecho de retracto fue efectuada mediante escritura pública de fecha 14 de septiembre de 1984, cuando ya se hallaba vigente la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980.

El requisito de la profesionalidad para que el arrendatario pueda ejercitar el derecho de retracto.—Para poder ejercitar el derecho de retracto de acuerdo con la Ley vigente de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, es requisito inexcusable poseer la condición de profesional de la agricultura, conforme exige el párrafo 2.º del apartado 2 del artículo 93 de la citada Ley, pues la carencia de la expresada condición priva del carácter de retrayente o de legitimación activa *ad causam* para ejercitar la acción de retracto, según tiene declarado el Tribunal Supremo (SS. de 17 de enero, 10 de marzo y 19 de mayo de 1986). Tanto la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, como la de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial correspondiente consideran probado que, en la expresada fecha de celebración de la venta de la que el demandante pretendía derivar su derecho de retracto, el mismo carecía de la condición de profesional de la agricultura, cuyo hecho probado ha de ser mantenido incólume. (STS de 6 de mayo de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—Se plantea un supuesto de ejercicio del derecho de retracto por parte del arrendatario de varias fincas rústicas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la acción de retracto ejercitada fundamentalmente porque el retrayente no tenía la condición de profesional de la agricultura. La Sala correspondiente de la Audiencia Territorial estimó la demanda y declara haber lugar al retracto, por entender que la condición de profesional de la agricultura que establece la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos no es aplicable al caso de autos, por hallarse sometido el contrato de arrendamiento, por razón de la fecha de su concertación, a la legislación arrendaticia anterior y no a la Ley de 1980. (J.A.C.G.)

30. Arrendamiento rústico concertado por usufructuario.—Ya el Código civil en el artículo 480 dispone que podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito; pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola. El derecho de usufructo, al ser vitalicio, se extingue por la muerte de la usufructuaria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 513 del Código civil. Por su parte, la

Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, que es la directamente aplicable al caso que nos ocupa, sigue los pasos del Código civil, dado que el artículo 13 dispone que los arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios, enfitentas y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre la finca se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador, subsistiendo el arrendamiento durante el correspondiente año agrícola; también podrán subsistir durante el tiempo concertado en el contrato, cuando éste excediere de la duración de aquellos derechos, si en su otorgamiento hubiere concurrido el propietario.

Está claro que al no haber concurrido el propietario en el otorgamiento del contrato, éste se extingue a la finalización del usufructo.

El Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones se ha pronunciado tanto para los arrendamientos rústicos (SS. de 7 de enero de 1943, 14 de noviembre de 1949, 9 de julio de 1951, 15 de mayo y 24 de junio de 1952) como para los arrendamientos urbanos (SS. de 6 de diciembre de 1955, 27 de abril y 31 de mayo de 1957, 9 de febrero, 2 de mayo y 27 de junio de 1958, 5 de febrero y 23 de abril de 1959, 28 de octubre y 30 de diciembre del propio año, o 19 de abril de 1960) en el sentido de que el contrato de arrendamiento otorgado por usufructuario queda resuelto de derecho por fallecimiento de éste o cesación del usufructo: No cabe, pues, invocar el artículo 25 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980, que regula la duración del arrendamiento.

El propietario sólo puede pedir la resolución del contrato en lo referido a la parte que a él se le adjudica al dividir la finca.—La finca inicial arrendada se dividió el 4 de marzo de 1985 en dos fincas independientes, adjudicándose al demandante una parte de ella como consta en la escritura pública correspondiente, sólo se postula la resolución del contrato respecto a la finca perfectamente individualizada y correspondiente al demandante, no respecto a la otra finca resultante de la división de la finca inicial, y se fija la cuantía de la renta arrendaticia correspondiente a la finca objeto del litigio en proporción a su extensión. (STS de 3 de mayo de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—La cuestión litigiosa es un contrato de arrendamiento rústico suscrito por la usufructuaria de una finca rústica. Consolidado el pleno dominio por fallecimiento de la usufructuaria, los propietarios dividen la finca en otras dos, adjudicándose cada uno de ellos una finca. El propietario de una de las fincas resultante plantea una demanda de resolución del contrato de arrendamiento en lo que concierne a la parte a él adjudicada.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y la Audiencia Territorial confirmó tal sentencia. (J.A.C.G.)

31. Necesidad de intervención del Consejo Rector.—En el caso que se comenta, la Asamblea General, directamente, sin intervención del Consejo Rector, acuerda la expulsión de unos cooperativistas. En la notificación que de tal acuerdo se hace a los expedientados, se pone en su conocimiento que tienen un plazo de cuarenta días desde la recepción del escrito en que ello se les comunica para recurrir ante la propia Asamblea General de esta Sociedad Cooperativa. Los demandados, en su escrito de contestación a la demanda, ponen de relieve el defecto formal que dicha tramitación supone.

Es obvio que conforme al artículo 11.2 de la Ley General de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974, la expulsión de un socio sólo podrá acordarla el Consejo Rector por falta grave. El interesado podrá recurrir ante la Asamblea General, que resolverá por votación secreta, mediante escrito y, en su caso, ante la jurisdicción ordinaria.

Distinción de competencias atribuidas al Consejo Rector y a la Asamblea General.—Es evidente, por tanto, que la Ley citada distingue, en orden a la expulsión de los socios cooperativistas, entre lo que pudiera denominarse con terminología procesal una competencia objetiva, para conocer en primera instancia de dichos expedientes, la cual tanto el citado artículo 11.2 de la Ley como el artículo 27 del Reglamento de dicha Ley de 16 de noviembre de 1978 atribuyen específica y exclusivamente al Consejo Rector, y otra funcional, para conocer de los recursos contra las resoluciones dictadas por éste en indicados expedientes, que en los mismos preceptos se confiere al estamento supremo de dichos entes, o sea, a la Asamblea General.

Garantía de los derechos del socio.—Hay que señalar que el artículo 11.2 de la Ley General de Cooperativas de 1974 es un precepto que por su carácter fundamentalmente procesal constituye la garantía de los derechos del socio de los entes cooperativos ante o frente a éstos, vinculando, por tanto, a sus órganos directivos; su incumplimiento pone en entredicho el derecho de defensa que tienen los socios expedientados, desde el momento en que, cual acontece en este concreto supuesto, es el mismo órgano, la Asamblea General, quien instruye el expediente, dicta el acuerdo y, por último, entiende de la impugnación del mismo, lo cual implica un poner en peligro la teleología del artículo 24.1 de la Constitución Española, lo que no es admisible. (STS de 28 de mayo de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—Se interpone demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra una Sociedad Cooperativa Limitada de Trabajo Asociado sobre nulidad de acuerdos referentes a la expulsión de socios, y en el caso de que se confirme la validez de tales acuerdos, se obligue a la Sociedad Cooperativa a rendir cuentas a los demandantes desde la constitución de dicha Sociedad Cooperativa a la fecha de firmeza de esta sentencia.

El Juzgado de Primera Instancia condenó a la Sociedad Cooperativa a practicar con los socios demandantes la liquidación de las participaciones de éstos en el haber social, debidamente justificada con la exhibición de los documentos que acrediten los gastos e ingresos, y a pagarles el 70 por 100 de la misma en el plazo máximo de tres años a partir de la fecha de baja, percibiendo entre tanto el interés básico del Banco de España, incrementado en dos puntos, y, asimismo, se condena a un demandante a rendir cuentas a la demandada de su gestión durante el tiempo en que perteneció a la misma. La Audiencia Territorial revocó en parte la sentencia y sin entrar en el conocimiento de la acción subsidiariamente ejercitada confirma el resto de sus pronunciamientos. (J.A.C.G.)

32. Culpa extracontractual. Lesiones en accidente de caza. Prueba por presunciones.—En la prueba por presunciones se da un enlace preciso y directo entre los hechos declarados como ciertos por la sentencia recurrida y los que ella dedu-

ce como derivación racional de aquéllos, y, en el presente caso, no habiéndose combatido los primeros, ello quiere decir que se aceptan por los recurrentes y queda circunscrito el ámbito dialéctico del tema planteado a la censura de ese juicio lógico formulado por el Tribunal, que únicamente prosperará si falta notoriamente el enlace preciso y directo de que nos habla el artículo 1.253 del Código civil.

Disparos realizados por partida de caza. Prueba directa.—Los hoy recurrentes, formando una partida que practicaba el deporte cinegético en el mismo paraje donde, a la sazón, jugaban los niños en cuyo grupo se encontraba el hijo del recurrido, cerca de su propia casa, y encontrándose a una distancia aquéllos de éstos entre los 40 y 100 metros, sin que transitaran por aquellos pagos otras partidas de caza y habiendo efectuado disparos, huyeron del lugar de los hechos al tener conocimiento del percance sufrido por los niños, de cuyos hechos no cabe sino establecer por elemental percepción intelectual que los recurrentes fueron los autores materiales de los disparos que impactaron en el grupo de niños y, concretamente, en el que es objeto de la presente *litis*, y ello con grave negligencia dado el lugar en que ejercitaban la caza, y de ahí que el Juzgado de Primera Instancia diga que no es la prueba de presunciones la utilizada al efecto, sino la directa que se acredita por la trascendente nitidez y claridad de los hechos percibidos de los instrumentos de prueba que proliza y certeramente analiza en su sentencia.

Doctrina general sobre carga de la prueba en materia de culpa extracontractual. Inversión de la carga de la prueba.—En la materia de la responsabilidad derivada del artículo 1.902 del Código civil la carga de la prueba no gravita sobre quien ejercita la acción dimanante de un derecho subjetivo subyacente en una relación equilibrada, del mismo nivel ontológico, sino que aquí la acción se dispara a consecuencia de una actividad más o menos lícita de una de las partes que se proyecta sobre la otra, a la que produce un daño o perjuicio sin una recíproca actividad concurrente, pues precisamente cuando se produce en alguna medida esa actividad por parte de quien sufrió el daño, actúa la denominada compensación de culpas como correctivo a la reconducción íntegra de las consecuencias del daño al patrimonio de quien lo produjo; cuando esa actividad se ha producido, ha de ser el agente activo el que, por elemental criterio nivelador de derechos e intereses, ha de acreditar el resultado inocuo de la misma para que libre su patrimonio de la responsabilidad inherente, y ello tanto sea por actividad unilateral, como por la posesión de cosas que entrañan algún riesgo, máxime si procura lucro o alguna ventaja al poseedor, todo lo cual comporta lo que se denomina inversión de la carga de la prueba como traducción procesal de lo que en términos sustantivos culpabilísticos se intitula como teoría del riesgo o de la culpa objetiva, pues a esto se reduce la doctrina de esta Sala cuando dice que «en la culpa extracontractual debe presumirse la existencia de negligencia en el causante del daño, salvo cuando, aparte de fuerza mayor, el autor de la acción u omisión acredite haber actuado con el cuidado que requieren las circunstancias del lugar, tiempo y modo» (SS. de 6 de octubre de 1981, 10 de mayo de 1982, 11 de abril de 1984 y 18 de febrero de 1987).

Responsabilidad del grupo cuando no se prueba el autor de los disparos.— Cuando no se demuestren o no se den los suficientes elementos conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno de los agentes integradores de la pluralidad de sujetos de donde provenga el daño, se establece la responsabilidad solidaria de todos ellos por la actividad común o concurrente a su acaecimiento.

Presunción de inocencia. No procede.— La responsabilidad atribuida está sustentada en hechos procesalmente incontestados que no es lícito ahora desconocer, máxime cuando la presunción de inocencia no es un derecho constitucional de una intangibilidad a ultranza, sino que quiebra ante la realidad de los hechos, a no querer investir a tal derecho de una especie de patente de inmunidad que lesione eventualmente los derechos de todos los demás, constitucionalmente también protegidos por el de la tutela judicial efectiva, que tanto opera en el ámbito del agente como no menos, sino más, en el de la víctima, y el de la seguridad jurídica. (STS de 8 de julio de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—El sector de los accidentes cinagéticos constituye, a efectos de la responsabilidad por daños, un ámbito precisamente delimitado por el Título V de la Ley de 4 de abril de 1970, cuyo artículo 33.5 establece que «todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor». Texto legal que casi reproduce literalmente el que regula los accidentes de circulación; analogía que se reafirma a la vista del artículo 36.6 a) del Reglamento, a cuyo tenor «no se considerarán como casos de fuerza mayor los defectos, roturas o fallos de las armas de caza y sus mecanismos o de las municiones». Todo ello permite calificar a este supuesto de responsabilidad por riesgo. Extrañamente, ni en el recurso ni en la argumentación del Tribunal Supremo se hace referencia explícita a la Ley de Caza, si bien se transcribe el texto de alguno de sus preceptos.

Concretamente, dice el artículo 33.5 de la Ley que «en la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza», norma que sustancialmente se reproduce al final del Fundamento de Derecho número 3. La excepción que ello implica en el principio de personalidad de la acción culposa tiene —dice Santos Briz, *La responsabilidad civil* (2), Madrid, 1977, p. 269— «un fundamento de solidaridad que acarrea la consecuencia de personalizar la responsabilidad en todos y cada uno de los miembros del grupo a través de su representación única, ya transitoria, ya permanente». La sentencia hace, por tanto, una correcta aplicación de una norma que, sorprendentemente, no cita.

Probablemente resulta excesiva la doctrina sobre inversión de la carga de la prueba, que la sentencia (Pte. Malpica González-Elipse) generaliza a todos los supuestos de culpa extracontractual, cosa harto discutible, pues no faltan sentencias en que se argumenta sobre la base de la doctrina tradicional sobre los requisitos del artículo 1.902, pero que, sin duda, es absolutamente correcta aplicada a los accidentes de caza. En el caso concreto parece claro que los Tribunales de Instancia aplicaron la prueba directa sobre unos hechos que revelan una conducta, no sólo dudosa, sino de mala

fe, de los demandados (huyen del lugar de los hechos al conocer el accidente y permanecen en rebeldía durante parte de la primera instancia). Hablar de prueba de presunciones sólo puede hacerse en sentido no técnico (la conducta descrita hace presumir una confesión de culpabilidad).

Por último, en relación con la alegación de la presunción de inocencia, puede advertirse cierto «fastidio» o «molestia» del Tribunal Supremo por su clara improcedencia en el presente caso. Tal alegación puede convertirse, en este tipo de pleitos, en una cláusula de estilo sin posibilidad de que sea tenida en cuenta.

El *quantum* de la indemnización reclamada por la pérdida de un ojo derecho con secuela de posible pérdida de visión del izquierdo se fija en 12 millones en la demanda, condenándose en primera instancia a 10 millones y rebajándose a ocho en apelación, cuantía que queda firme al rechazarse el recurso interpuesto por los cazadores condenados. Cifra que parece más bien moderada para las circunstancias del caso. (G.G.C.)

33. Culpa extracontractual. Responsabilidad por riesgo. Doctrina general.—En tesis de la llamada culpa extracontractual, tan parca en regulación legislativa y tan rica en jurisprudencia constante y evolutiva en torno al artículo 1.902 del Código civil, se ha configurado un cuerpo de doctrina en que, a propósito de la culpabilidad del agente causante del daño, desde aquellas remotas sentencias que exigían siempre y en todo caso una culpa leve, o al menos lata, pasando por la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, se ha llegado en tiempos recientes a formular unas conclusiones más acordes con la jurisprudencia de intereses y con los tiempos modernos, con su complicada tecnología, pasando a exigirse la racional y ordinaria cautela que ha de acompañar a todos los actos de los que puedan derivarse daños para terceros, plasmándose así la que en apretada síntesis, y como caracteriológica, se ha denominado teoría del riesgo, que atribuye una responsabilidad civil ante el acaecimiento dañoso.

Daños por explosión en cecedero de marisco. Prueba. Mal funcionamiento de las instalaciones.—La sentencia de Primera Instancia afirma que el demandado no había probado que la explosión fuera provocada por agentes extraños a la explotación, y tras declarar que en la industria se utilizaban gases inflamables y que los utilizados en la refrigeración también podían producir riesgos, destaca la peligrosidad de las materias orgánicas de desecho sometidas al proceso natural de descomposición, con emisión de componentes amoniacales peligrosos, y concluir que no se habían agotado todas las diligencias que exigía la naturaleza de las cosas y que correspondía a las circunstancias de tiempo y lugar, en relación con el riesgo que la industria establecida suponía para los demás usuarios del inmueble; abundándose en la sentencia de apelación en que los daños se originaron por explosión debida a defectos de elementos instalados en la empresa o existentes en ella.

Caso fortuito. Falta de prueba.—Se sienta la categórica afirmación de que el elemento dañoso no tuvo su origen en la colocación y ulterior funcionamiento de un artefacto explosivo.

Principio constitucional de presunción de inocencia. No se infringe cuando ha existido extensa actividad probatoria.—Una correcta interpretación del principio de presunción de inocencia, consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española, obliga a entender que se trata de un derecho fundamental que no puede quedar reducido al campo de las presuntas conductas delictivas, sino que ha de extenderse también a conductas administrativas o civiles de las que no sólo resulte una sanción, sino también una limitación de derechos; en su contenido, significa que toda condena debe ir precedida de una actividad probatoria que, si por una parte impide que se condene sin pruebas, por otra se entiende que las tenidas en cuenta han de ser tales y constitucionalmente legítimas; el detenido estudio de las presentes actuaciones demuestra una rica actividad probatoria cuya valoración corresponde al Tribunal de Instancia, por lo que se ha infringido tal presunción de inocencia. (STS de 5 de mayo de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—Pese a los términos generales con que se formula la doctrina extractada sobre responsabilidad por riesgo, se hace preciso reducir su alcance poniéndola en relación con los supuestos de hecho. Deriva de ella que, para la Sala Primera, la actividad desarrollada en el bajo de un edificio de viviendas, dedicada a cocedero de mariscos, origina responsabilidad por riesgo en cuanto a los daños que una eventual explosión puede causar. Pero si en el plano del principio la cuestión se presenta clara, en el plano de la prueba la doctrina jurisprudencial no se presenta tan nitida. En efecto, el dueño o titular de la explotación productora de riesgos puede demostrar la causa extraña productora del siniestro. En el presente caso se intentó introducir un posible atentado terrorista; pero ni en razón a la localización geográfica (ciudad de Córdoba) ni a los elementos probatorios aportados, se encuentra apoyo fáctico para sostener tal hipótesis causal. La argumentación de la sentencia no se queda en la mera declaración del riesgo, sino que, reproduciendo afirmación de la sentencia recaída en segunda instancia, concluye que hubo omisión de la diligencia debida en razón a las circunstancias de tiempo y lugar, es decir, negligencia. Dijérase que cuesta al Tribunal Supremo abandonar el principio culpabilístico, pudiendo pensarse que la invocación de otros criterios atributivos de responsabilidad tratan simplemente de reforzar o apuntalar las deficiencias de la prueba de la culpa.

La argumentación que esta sentencia del principio constitucional de presunción de inocencia resulta más «sosegada» y, por ello, más convincente que la utilizada en sentencia de 8 de julio de 1988 en un caso de daños en el ejercicio de la caza en grupo, sin que constara la autoría individual, por lo que se condenó solidariamente a los componentes de aquél. (G.G.C.)

34. Culpa extracontractual. Daños por colisión de vehículos. Sentencia penal absolutoria. No produce cosa juzgada en el orden civil.—Es doctrina constante que las resoluciones dictadas por los tribunales de lo penal no producen la excepción de cosa juzgada en el orden civil, no estándose en el caso del artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al no haberse declarado por sentencia firme la inexistencia del hecho de que la civil hubiera podido nacer; el auto ejecutivo que fija las indemnizaciones carece de toda relación con la presunción de cosa

juzgada, y no es obstativo a que en el procedimiento civil, al variar los supuestos de imputación de responsabilidad, pueda adoptarse soluciones distintas.

Culpa recíproca de ambos conductores.—Desde el momento que el Tribunal *a quo* estableció la actuación negligente de uno y otro conductor, como causalidad eficiente de los perjuicios sufridos por el actor, usuario y acompañante de uno de aquéllos, es evidente que las respectivas aseguradoras de los vehículos venían obligadas a la cobertura de tales daños, dentro de los límites del Seguro Obligatorio.

Reclamación de los daños en juicio ordinario.—No cabe sostener que la pretensión indemnizatoria haya de someterse forzosamente al juicio ejecutivo, ya que el procedimiento ordinario declarativo que corresponda a la cuantía de aquélla está siempre abierto al perjudicado, cualquiera que sea el fundamento de su pretensión, sin que el artículo 9 del Texto Refundido de 1968 suponga obstáculo al respecto, puesto que, atendiendo a principios procesales superiores, debe permitirse la preferencia del interesado por los cauces definitivos del procedimiento declarativo, sobre el judicial sumario concebido en su beneficio; por otro lado, la elección del declarativo encuentra plena justificación cuando se reclama, además de los daños integrados en el Seguro Obligatorio, otros no amparados en el mismo. (STS de 17 de mayo de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—Sobre los problemas que plantea la existencia de daños recíprocos puede verse ampliamente Santos Briz, *Comentarios Albaladejo*, tomo XXIV (Madrid, 1984), pp. 461-485, si bien aquí no reclama uno de los causantes de la colisión, sino un acompañante. (G.G.C.)

35. Contrato de asistencia médica. Carácter civil de la relación entre el INSALUD y los particulares.—Como declaró la sentencia de 20 de febrero de 1981, es diferente la relación entre la Seguridad Social y el personal a su servicio y la que existe entre la misma Seguridad Social y el beneficiario de sus diversas prestaciones, entre ellas las atenciones médico-sanitarias, siendo el paciente un particular que ve afectados sus bienes más personales y privados que pueden sufrir daños por culpa o negligencia de quienes le atienden, lo que genera una responsabilidad civil para cuya efectividad habrá de ejercitarse la acción del artículo 1.902 y, en su caso, del 1.903 del Código civil.

Incompetencia de jurisdicción. Improcedencia. Artículo 41 Ley de RJA. Actuación del Estado en relaciones de Derecho privado. Competencia de la jurisdicción ordinaria.—La actuación de la entidad pública recurrente en el caso debatido no tuvo lugar en virtud de sus facultades soberanas como parte de la Administración del Estado, sino como entidad privada que había de procurar la curación de un lesionado o enfermo, que fue llevado a los centros dependientes del INSALUD con el mismo fin; se está fuera de relaciones de Derecho público, entrando más bien el supuesto en el artículo 41 de la Ley de RJA, cuando el Estado actúa en relaciones de Derecho privado, en cuyo caso responderá ante los Tribunales ordinarios directamente por los daños y perjuicios causados por sus funcionarios, Autoridades o agentes, aunque se considere la actuación de los mismos como actos propios de la Administración.

Artículo 1.903, párrafo 5.º Norma anacrónica—Según es admitido por la generalidad de la doctrina, el párrafo 5.º del artículo 1.903 del Código civil es una norma anacrónica ante la vigente legislación que permite exigir responsabilidad al Estado y Corporaciones o Entidades Públicas por toda lesión que sufran los particulares en sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Culpa «in vigilando» o «in eligendo» del INSALUD. Cangrena gaseosa en reducción de fractura.—El daño sufrido por la recurrida se debió a la actuación de los servicios sanitarios de la entidad demandada, pues la existencia de gangrena gaseosa era una complicación, si bien rara, pero posible y previsible en toda fractura abierta, sobre todo en heridas causadas en medios rurales; los facultativos al servicio de la demandada no observaron todas las precauciones precisas, ni dieron el tratamiento adecuado para prevenir el daño, ya que no fue total y absoluta la limpieza de la herida, o el tratamiento posterior, pues no se acredita que inmediatamente del tratamiento se hiciesen los análisis correspondientes para comprobar la existencia de gérmenes, sino después, cuando ya era tarde por haberse manifestado la infección por edema y necrosis; lo que revela en los autores materiales del daño una culpa *in operando*, suficiente para imponer, al amparo del artículo 1.903, párrafo 4.º, y constante jurisprudencia de esta Sala, la condigna responsabilidad civil por culpa *in vigilando* o *in eligendo* a la entidad, ya sea pública o privada, de quien aquellos causantes materiales del daño dependían, relación de dependencia que no se ha discutido, sino dado por supuesto y admitida a lo largo de esta litis. (STS de 21 de septiembre de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—En primera instancia se estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción, pero en apelación se declaró la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer del pleito, y se condenó al INSALUD a una indemnización de 7.500.000 pesetas por la amputación de la pierna izquierda a la altura del muslo, quedándole una invalidez permanente que, con la prótesis adecuada, permite la deambulacion. Indemnización no excesiva, tratándose de una mujer de dieciocho años.

Es de aprobar la declaración de competencia de la jurisdicción civil que hace la sentencia (Pte. Santos Briz), siguiendo una reiterada doctrina jurisprudencial. Resulta clarificadora la distinción de las relaciones internas entre el INSALUD y el personal a su servicio —de naturaleza administrativa o laboral— y las relaciones externas con el público que solicita la asistencia médico-sanitaria, aunque tengan su origen en el régimen obligatorio de la Seguridad Social. Si acaso podría precisarse la razón por la cual se acude preferentemente al régimen de la culpa extracontractual en vez de apoyarse en el contrato de prestación de servicios que cada acto médico origina, y que se celebra entre la entidad y el paciente, o sus familiares. Acaso su última *ratio* estribe en la dificultad de precisar los sujetos que intervienen en el arrendamiento de servicios, mientras que para el perjudicado resulta más fácil individualizar a los causantes del daño, así como probar su vinculación con la entidad sanitaria.

Como anotación marginal cabe expresar sorpresa por el hecho de que todavía se alegue como infringido el párrafo 5.º del artículo 1.903 invocando jurisprudencia ¡de 1911! (G.G.C.)

36. Culpa extracontractual. Principios generales. Accidentes de circulación. Interpretación conforme a la realidad social.—De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código civil, la interpretación de las normas debe hacerse, no sólo conforme a los antecedentes históricos y legislativos, sino también a la realidad social del tiempo en que se aplican, lo cual, además de estar declarado de modo reiterado por la doctrina de esta Sala, es de muy especial aplicación en todo cuanto se relaciona con ciertos temas de cada día mayor actualidad y frecuencia, a la vez que influidos por los nuevos adelantos de la ciencia, cual acontece con los de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, así como objetiva o por riesgo, dado que en tales supuestos la aparición de nuevos a la vez que más rápidos y peligrosos medios de locomoción, sustancias nucleares, etc., obligan a quienes tienen a su cargo la Administración de Justicia, no sólo a velar por la seguridad jurídica, esencial en todo Estado de Derecho, sino también y en relación con lo mismo, a suavizar, dentro de ciertos límites, la prueba de la culpabilidad y subsiguiente responsabilidad por razón de la mayor o menor peligrosidad de esos nuevos instrumentos, sustancias, etc., que la sociedad actual pone a disposición de sus miembros, máxime, y por lo que a la automovilística se refiere, si se tiene en cuenta que ni el artículo 1 de la Ley de 1968 regula una responsabilidad estrictamente objetiva o por riesgo, ni dicha Ley y los artículos 1.902 a 1.910 del Código civil son incompatibles.

La jurisprudencia como motivo de casación. Similitud de circunstancias.—Los temas de responsabilidad automovilística en casos como el aquí contemplado y los que al mismo se asemejen, exigen, para la formación de una doctrina jurisprudencial y a los efectos del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que las resoluciones a ellos referidas deban ser tenidas en cuenta, no con criterios generales en lo que a la responsabilidad civil se refiere, sino de similitud de circunstancias.

Colisión de vehículos con resultado de muerte. Responsabilidad del dueño del vehículo. La autorización habitual concedida al hijo conlleva la formalización de una relación de carácter cuasi-negocial.—La complejidad de la vida societaria va creando «compromisos sociales» caracterizados, porque de ellos pueden derivar, tanto relaciones contractuales, extracontractuales e incluso de responsabilidad de este último tipo, más o menos típicas, como quedar fuera de la esfera de lo jurídico; en el caso aquí contemplado, la autorización habitual concedida por el padre conlleva, al responder a una petición, a la formalización de una relación de carácter cuasi-negocial entre el titular del vehículo y el hijo, aunque sea a título gratuito.

Relación de causalidad.—Constituye el necesario encadenamiento de hechos básicos para que el resultado resarcible se produzca, haciéndose precisa una conducta de la suficiente importancia para que pueda considerarse como desencade-

nante del mismo, dando lugar a lo que por la doctrina científica civilista se viene denominando «causa eficiente», reconocida y declarada también por esta Sala (Sentencias de 15 de abril de 1964, 2 de abril de 1976, 24 de abril de 1979, 27 de noviembre de 1981 y 11 de marzo de 1988); no es, por tanto, preciso que el daño originado sea consecuencia directa de dicha causa, siendo suficiente con que la misma fuere necesaria para la producción del evento cuyo resarcimiento se pretende; en el presente caso, las dos conductas, a saber, la autorización habitual para conducir el vehículo de su propiedad por el padre del interfecto y la conducción imprudente del mismo, fueron origen mediato e inmediato del evento dañoso, a título de concausas productoras del resultado indemnizable. (STS de 23 de septiembre de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—Concurre en el supuesto de hecho un especial dramatismo, dado que, por efecto de la colisión —imputable a una clara negligencia del conductor de uno de los vehículos—, fallecieron los cinco ocupantes del mismo y otros dos del vehículo colisionado. La cuantía de las indemnizaciones otorgadas era realmente modesta, no llegando a 2.000.000 de pesetas en favor de los padres de uno de los fallecidos. Sin embargo, había un interesante problema jurídico que la sentencia (Pte. Martín-Granixo) resuelve con criterio progresivo. El conductor causante de la catástrofe conducía un vehículo propiedad de su padre, siendo mayor de edad y contando con la autorización habitual del mismo. Dado el fallecimiento del conductor causante del daño, y su posible insolvencia, el tema básico era implicar en el proceso al padre como responsable civil. El párrafo 2.º del artículo 1.903 no era aplicable por no tratarse de un hijo sujeto a la guarda; tampoco el párrafo 4.º, por no existir propiamente una relación de dependencia. Había jurisprudencia contraria con la sentencia de la Sala Segunda de 24 de septiembre de 1966, que excluye la responsabilidad civil del padre cuando el delito se comete por el hijo conduciendo un automóvil propiedad de su padre, aunque éste le haya autorizado para conducirlo, si en el caso concreto no lo hacía por orden y cuenta de su padre, sino pura y simplemente para darse un paseo, es decir, exclusivamente en provecho propio. Repárese que, de no haber fallecido el conductor, es probable que hubiera sido sancionado en vía penal en atención a las circunstancias del hecho. El Tribunal Supremo sorteja los obstáculos legales ampliando analógicamente la relación de dependencia del citado párrafo 4.º del artículo 1.903, incluyendo en ella una relación cuasi-negocial derivada de la autorización solicitada por el hijo y otorgada de modo habitual por el padre, incluso sin remuneración. La categoría de los «compromisos sociales» permite incluir el caso de la autorización concedida al amigo y, por supuesto, la que media entre novios formales, según una antigua sentencia de la Sala Primera.

No deja de ser ingeniosa la aplicación que hace esta sentencia del concepto ya habitual de relación de causalidad, al sostener que han sido concausas del accidente tanto el padre al autorizar a su hijo para conducir, como el hijo al conducir negligentemente. De tener autonomía esa «relación cuasi-negocial» de que habla la sentencia no era preciso implicar di-

rectamente al padre en la causación del daño; su responsabilidad se fundaría en una *culpa in eligendo*.

Debe señalarse el esfuerzo argumental para demostrar la línea de continuidad entre la legislación de accidentes de circulación y el artículo 1.902, continuidad que no existe —sino más bien ruptura— en el plano de los principios, aunque sí se produce, de hecho, por la reiterada apelación del Tribunal Supremo a los principios culpabilísticos para «reforzar» las declaraciones de responsabilidad según la Ley especial. (G.G.C.)

4. DERECHOS REALES

37. Sobre invalidez de la Junta Ordinaria de la Comunidad y nulidad de los acuerdos adoptados. Impugnación (artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal).—La existencia o inexistencia de un Libro de Actas resulta indiferente para las cuestiones relacionadas con la validez o nulidad de la Junta, del Acta correspondiente y de los acuerdos adoptados (en el caso, el testimonio notarial por xerocopia de 23 de enero de 1984, es demostrativo de la existencia del libro en cuestión).

Asimismo, no cabe apreciar vulneración de las Disposiciones del artículo 16, toda vez que en sus distintas normas se alude reiteradamente a aquellas cuotas, por cuya razón, la falta de especificación, en su caso, del cómputo de las votaciones por propietarios individualizados, no podría suponer un defecto de entidad suficiente para invalidar la Junta.

En otro orden de cosas, en cuanto a la representación a la Junta basta un escrito firmado por el propietario. Ahora bien, dejando al margen el derecho de los propietarios a tener a su disposición los documentos acreditativos de las representaciones otorgadas, es lo cierto que en la Ley reguladora no se impone la obligatoriedad de que los mismos se incorporen al Acta o se transcriban en ella.

Lo acabado de decir, lleva a situar la resolución del problema planteado al juego de las normas del artículo 16, cuya norma 1.^a no es de aplicación al referirse a las reglas contenidas en el título constitutivo o en los Estatutos y sí lo sería, por el contrario, la segunda de ellas, al versar sobre la validez «de los demás acuerdos»; pero dado que los acuerdos se aprobaron mayoritariamente, habría de estarse a la norma 3.^a y requerir por ende a los disidentes la prueba del grave e indebido perjuicio que se les haya ocasionado por aquellos acuerdos. (STS de 25 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—J. E. P. y otros, actuando en el concepto de propietarios de determinadas fincas o apartamentos pertenecientes al inmueble C. R., ejercitaron acción de impugnación del artículo 16, norma 4.^a, de la Ley de Propiedad Horizontal, promoviendo juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra la Comunidad de Propietarios del referido edificio para interesar la declaración de invalidez de la Junta Ordinaria de la Comunidad celebrada, así como la del Acta que se acompañaba, y la declaración, al mismo tiempo de nulidad, como contrario a la Ley y a los Estatutos

de los acuerdos tomados en la Junta, a cuya demanda se opuso la expresada Comunidad.

El fallo en primera instancia estimó parcialmente la demanda (y en consecuencia se anularon los acuerdos —referentes a los gastos de dietas y viajes y gastos de personal—). Esta sentencia fue apelada por la parte actora, confirmando la Audiencia Territorial el fallo del Juez *a quo*. Finalmente, por la representación de los propietarios demandantes se interpuso el presente recurso de casación sin que el Tribunal Supremo declarase haber lugar al mismo.

NOTA.—Naturalmente, es de obligada observancia traer a remisión la reciente Ley de 23 de febrero de 1988 de Reforma de la Ley de 21 de julio de 1960 sobre Propiedad Horizontal, a tal efecto dedicamos unas breves notas aclaratorias.

Téngase en cuenta que entre otros aspectos que se modifican destacamos dentro de las obligaciones de los propietarios (art. 9) la declaración para el transmitente de hallarse al corriente en el pago de los gastos, quedando sujeto el transmitente —a título oneroso— a la obligación legal de saneamiento o por la carga no aparente de los gastos a cuyo pago esté afecto el piso o local.

Pero sobretodo y en una relación directa en cuanto al caso objeto de nuestro comentario, hay modificaciones importantes en cuanto a las *convocatorias de las Juntas* (art. 15).

Asimismo, una modificación importante es la concerniente a la norma 2.^a, párrafo 2.º, del artículo 16 (sobre validez de los acuerdos) en tanto en cuanto se dice que si la mayoría no pudiera obtenerse por falta de asistencia de los propietarios, se reunirá la Junta en segunda convocatoria, reunión que podrá tener lugar incluso en el mismo día, siempre que haya transcurrido un intervalo mínimo de media hora y que hubiese sido convocada previamente. Si la Junta, debidamente convocada, no se celebrare en primera convocatoria, ni se hubiere previsto en la citación el día y hora de la segunda, deberá ser ésta convocada con los mismos requisitos de la primera, dentro de los ochos días siguientes a la fecha de la Junta no celebrada, y con tres de antelación a la fecha de la reunión. En segunda convocatoria serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes.

En cuanto a la alegación de la infracción del artículo 17, la jurisprudencia ha manifestado que cuando el acta de la Junta no se halla firmada por los copropietarios asistentes, lo que figura como acordado no obliga a aquellos asistentes. El acuerdo o aprobación es una categoría de actos jurídicos que requiere para su eficacia una constatación o confirmación de que los reunidos prestaron su consentimiento a los acuerdos tomados, lo que tiene lugar ordinariamente a través de la firma de los presuntos obligados y no por manifestación no legitimada de otras personas carentes de poder o autorización para consentir por otros. Además la firma en esta clase de documentos privados (cuya naturaleza tienen las actas de las

juntas de copropietarios), no tienen más significación que la meramente formal de un elemento testificativo, que se requiere no para la validez del documento, sino para que haga fe en relación con las declaraciones que emitan en él la parte o partes que se obliguen (véase, entre otras, S. de 23 de junio de 1983).

La explicación o fundamento del artículo 17 debe entenderse como una exigencia de tipo formalista que habrá de ser cumplida rigurosamente por quien ostente la presidencia de la Comunidad, ya que a la vista del contenido de los acuerdos transcritos, con expresión de fecha y hora de celebración, asistentes, cuotas de participación que representan, forma de adopción de los acuerdos, protestas formuladas, en su caso, y suscripción del acta por los asistentes, se garantiza tanto a la Comunidad como a cualquiera de los copropietarios que con tales reflejos en el libro de actas pueden disponer de los elementos precisos para el ejercicio de las acciones impugnatorias que la Ley les concede (véase S. de 10 de octubre de 1985).

Es evidente que en cuanto al capítulo referido a las cuentas correspondientes al plan de gastos e ingresos previsibles, y que corresponde a la Junta de Propietarios, no cae, obviamente, bajo el concepto de aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los Estatutos, para el que la norma 1.^a del artículo 16 requiere la unanimidad, debiendo inscribirse por efecto de tan incuestionable exclusión dentro del amplio concepto de «los demás acuerdos», propios de las Juntas de propietarios y que se rigen por la norma 2.^a del mismo artículo 16.

En congruencia con lo expuesto, los acuerdos de las Juntas adoptados por las mayorías de los dos primeros párrafos de la norma 2.^a del artículo 16 se abren a la impugnación prevista en favor de los propietarios que representen por lo menos la cuarta parte de las cuotas de participación, y a que se refiere la norma 3.^a por su párrafo 1.^o, siendo el competente para resolver la impugnación así entablada el Juez del lugar donde está sita la finca, llamado también a resolver en equidad, conforme al párrafo 3.^o de la norma 2.^a, en el caso que no se obtengan las mayorías de los dos primeros párrafos de la dicha norma 2.^a, o, por mejor decir, cuando no se obtenga la mayoría del párrafo 2.^o, ya que no obtenida la del primero es obligado, antes que acudir al Juez, intentar alcanzar la mayoría del párrafo 2.^o, siendo a este mismo Juez al que ha de acudir para que se resuelva en el caso de que el acuerdo mayoritario (de los párrafos 1.^o o 2.^o —teniendo en cuenta lo dispuesto de *lege data* en la modificación de la norma 2.^a, párrafo 2.^o, del artículo 16—) sea gravemente perjudicial a juicio de propietarios que representen por lo menos la cuarta parte de las cuotas de participación (remito, entre otras, sobre la cuestión de la aprobación de las cuentas de la Comunidad y la suficiencia de los acuerdos mayoritarios y la impugnación, a la muy aclaratoria S. de 8 de julio de 1985). (F.L.L.Y.)

38. Acción reivindicatoria.—Ninguno de los documentos establece datos que contribuyan a la descripción física de la finca, en su situación y forma, ni siquiera que existe una parte indiscutida que haya sufrido obras que perjudiquen el

subsuelo y las posibles aguas que en él se contienen o discurren, por lo cual falta el requisito de identificación, que viene exigido por constante jurisprudencia para que prospere la acción reivindicatoria. (STS de 30 de noviembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia impugnada, revocatoria de la de primera instancia, desestima la pretensión basada en acción reivindicatoria de aguas y consiguiente indemnización de daños y perjuicios, por haber invadido la comunidad de aguas demandada, con catas, el subsuelo de su finca. La desestimación de la demanda se basa en la falta de identificación de la finca. No prospera el recurso de casación.

39. Enajenación realizada por el Estado el año 1863.—El problema más interesante de los suscitados en el presente recurso debido a las consecuencias que del mismo pueden derivar es el relativo al objeto y alcance de esa indudable e indiscutible enajenación realizada por el Estado el año 1863. La zona marítimo-terrestre no es enajenable ni desafectable, lo que provoca como lógica a la par que jurídica consecuencia que el Estado carezca de aptitud para enajenarla o desafectarla por medio legal alguno al tratarse de un bien cuya titularidad dominical —no demanial— no le corresponde a él, sino al pueblo, a la nación.

Con la atención puesta en la legislación anteriormente vigente y sin olvidar el artículo 132.2 de la Constitución Española, no parece jurídicamente ilógico admitir que en el supuesto aquí contemplado nos hallamos en presencia: bien de la transmisión de un dominio degradado, bien ante un derecho real atípico; figuras ambas perfectamente factibles habida cuenta respecto de la primera que al no llevar consigo un dominio pleno y absoluto sobre el bien que recae provoca como consecuencia que el mismo siga perteneciendo al común del pueblo español; y, en cuanto a la segunda, dado que una cosa es la disposición de la titularidad dominical y otra la de alguna de sus facultades, por ejemplo la posesión a título especial de dicha zona, o el uso y disfrute de la misma, o el derecho a construir sobre ella, etc. Y a tales efectos no debe olvidarse tampoco que la posibilidad de los derechos reales atípicos es perfectamente admisible en nuestro Derecho positivo, dado que en él los mismos no son *numerus clausus*. Por ello; como la facultad o facultades que fueron enajenadas resultan de muy difícil delimitación dada la imprecisión del documento de venta en lo que a estos extremos se refiere y no es tampoco misión de esta Sala proceder a su determinación, de ahí la calificación que de ellos se hace de atipicidad, en cuanto sirve para indicar que siendo reales no tienen encaje claro y concreto en ninguno de los tipos de dichos derechos actualmente conocidos.

Imposibilidad de una confiscación del terreno cuestionado.—Por último y en cuanto a que el Estado pueda integrarse físicamente en el dominio de la zona marítimo-terrestre a que la *litis* se refiere sin resarcimiento alguno de los demandados, alegación ésta que aun cuando no forma parte del suplico de la demanda, sí se apunta y con reiteración a lo largo de buena parte de las motivaciones de este recurso, merece ser contemplada por las ulteriores consecuencias que puede tener y muy especialmente porque se ha llegado a apuntar la posibilidad de

una confiscación del terreno cuestionado. Ello no es factible, dado que, cual ha quedado expuesto con la suficiente claridad, el acto originador del traspaso a los particulares de ese terreno se llevó a cabo por el propio Estado en el ejercicio de unas facultades que le habían sido conferidas por una específica normativa. Recuperar, por tanto, ese dominio degradado o esas facultades, sin resarcimiento alguno, supondría un enriquecimiento injusto de imposible aceptación en un Estado de Derecho como es el español (art. 1.1 de la CE), ya que atacaría el principio de legalidad que consagra el artículo 9.3 del mismo texto legal y supondría, además, un atentado al de seguridad jurídica, que igualmente proclama dicho precepto y número.

Conclusión.—La zona marítimo-terrestre que se encuentra comprendida en los terrenos que fueron objeto de adquisición por subasta y adjudicación el 10 de enero de 1863 al Estado, y cuya acta de posesión es de fecha 23 de abril del mismo año, es bien común por naturaleza. En consecuencia, debe declararse que el dominio pleno de referida zona marítimo-terrestre ostenta el carácter de absolutamente inalienable, imprescriptible, inembargable e indesafectable. Se declara, a su vez, que en la subasta de que deriva la causa de este proceso, lo que se transmitió al adquirente sobre dicha zona no fue el dominio pleno y sí, únicamente, bien un dominio degradado, bien unas facultades derivadas del dominio, sin limitación alguna en orden al tiempo, razón por la cual siguen perteneciéndoles. Que, en todo caso, si se realizase dicho desapoderamiento, el Estado deberá satisfacer a los actuales titulares la pertinente indemnización, cuya determinación corresponde fijar a la jurisdicción ordinaria civil en el procedimiento correspondiente. (STS de 6 de julio de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—El Letrado del Estado formuló ante el Juzgado de Primera Instancia demanda de mayor cuantía contra una persona y su cónyuge, sobre acción declarativa de dominio de terrenos de dominio público, estableciendo los siguientes hechos: el deslinde de la zona marítimo-terrestre en que están situados los terrenos de que se trata, fue aprobado por Orden Ministerial de 17 de noviembre de 1966, así como el acta de deslinde y acto del reconocimiento del terreno, el cual tuvo lugar los días 21 y 22 de octubre de 1964 y el primero el 28 de junio de 1965, fijándose en el deslinde 231 mojones más otros dos que existían con anterioridad, y después de todos los trámites del mismo fue aprobado por la Orden Ministerial de 17 de noviembre de 1966 y, por tanto, es firme y correcto, la línea de mojones indiscutida y lo único que se debate y a que se refiere la demanda es si el dominio público de la zona marítimo-terrestre puede ser objeto de dominio privado sin que fuese obstáculo el haber introducido en el Registro de la Propiedad la aparente titularidad de una finca, por cuanto el dominio público no deja de serlo por el hecho de estar inscrito. Alegaba los Fundamentos de Derecho que estimaba aplicables y terminaba con súplica de sentencia declarando que son de dominio público, como pertenecientes a la zona marítimo-terrestre, los terrenos objeto de la demanda, en cuanto a la parte que de los mismos está dentro de la indicada zona según el deslinde aprobado por Orden del Ministerio de Obras Públicas de 17 de noviembre de 1966 y que se reflejan en el plano oficial de

deslinde de 10 de agosto de 1965, en todos aquellos terrenos propiedad de la demandada, y que figuran en la certificación registral que aportaba y que figuran igualmente en el plano de deslinde también aportado; la nulidad de los asientos registrales practicados en el Registro de la Propiedad, objeto de este litigio, ordenando en consecuencia la cancelación de los mismos y condenar a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones con todas sus consecuencias.

La contestación a la demanda sostuvo en síntesis que habiendo enajenado la nación en pública y judicial licitación tal dominio sancionada con escritura judicial, inscrita en el Registro de la Propiedad, donde pervivió indemne y sin interrupción, con su derecho avalado por una presunción legitimadora *iuris et de iure* que surge de la posesión inmemorial, pública, quieta, pacífica y no contradicha del predio, al cauce buscado para conseguir aquel efecto por el representante del Estado transmitente, es impropio, irregular, antijurídico, inadecuado y anómalo, siendo la expropiación forzosa la única vía jurídica, lícita, apta e idónea para obtener dicha restitución, previos los requisitos legales y la nulidad a efectos civiles del deslinde provisional practicado por la Administración que la parte actora afirma la firmeza de la Orden Ministerial de 17 de noviembre de 1966 que lo aprobaba y que consideraba inatacable y luego se contradice al manifestar que los deslindes administrativos sólo resuelven cuestiones de límites, pero sin que puedan llevarse a efectos declaraciones de propiedad.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda declarando que los demandados eran al tiempo de la presentación de la demanda dueños en pleno dominio de las fincas objeto de la misma, con la integridad de su suelo, en la forma que pregonaban sus respectivos asientos registrales vigentes. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (J.A.C.G.)

40. Naturaleza jurídica de este tipo de aprovechamiento ganadero.—Según la Sala de la Audiencia correspondiente no parece probado que los montes objeto del litigio sean propiedad exclusiva del Ayuntamiento demandante y la calificación jurídica que corresponde al derecho de pastos del que son titulares los vecinos de los Ayuntamientos demandados no es la de una corraliza, como pretende el Ayuntamiento demandante, sino la de comunidad facera a la que pertenece, en régimen de comunidad en mano común o de tipo germánico, la titularidad dominical de tales montes, por lo que no cabe la redención pretendida por la Corporación actora.

Titularidad dominical de los montes litigiosos.—La sentencia objeto de análisis establece que la propiedad de los montes controvertidos pertenece exclusivamente al Ayuntamiento demandante, dentro de cuyo término municipal o jurisdicción se hallan ubicados, y ello porque así lo evidencian de modo indudable las Ordenanzas o Reglamento de la villa, reconociendo los derechos existentes en los mismos a favor de los otros pueblos. Dichas Ordenanzas fueron pactadas y redactadas de mutuo acuerdo de la Excelentísima Diputación Foral de Navarra, de fecha 5 de julio de 1946; en tales Ordenanzas aparece que la propiedad de los montes comunales que en ellas se expresan pertenecen exclusivamente al Ayun-

tamiento demandante, en cuyo término municipal se hallan, reconociéndose a los vecinos de los otros pueblos solamente el derecho de pastos, mientras que los vecinos en cuyo término municipal se encuentran los montes tienen tal derecho y exclusivamente todos los demás aprovechamientos (cultivo agrícola de las tierras, hacer leña, «rançar» esparto, piedra y derecho de caza).

Características de un derecho de servidumbre personal de pastos.—Al ser esencia de la comunidad facera la concurrencia de varios titulares dominicales que constituyen una comunidad para un determinado aprovechamiento solidario, lo que comporta la posible división posterior de la misma entre los condueños (Leyes 386 y 387 del Fuero de Navarra), parece evidente que dicha calificación no es atribuible al exclusivo derecho de pastos que los vecinos de los pueblos próximos tienen sobre los montes litigiosos, al ser éstos, como se ha dicho, de la propiedad exclusiva del Ayuntamiento del otro pueblo; por lo cual ese derecho en cosa ajena tiene toda la fisonomía y características propias de una servidumbre personal de pastos (así aparece calificada en la ya citada inscripción de los montes en el Registro de la Propiedad), con arreglo a la normativa del Código civil (arts. 531 y 603), si fuera aplicable a este supuesto, y que dentro del Derecho foral navarro que, como norma general, no admite más servidumbres que las prediales (Leyes 393 y 394 del Fuero), ha de tener su incardinación dentro de la institución equivalente a la servidumbre personal de pastos del Derecho común y que son las llamadas corralizas que, como una de sus posibles manifestaciones define la Ley 379 del mismo Fuero como un derecho de aprovechamiento parcial sobre la finca ajena, quedando excluida la posibilidad de su calificación como facería (Ley 384) o como comunidad facera (Ley 386) que presuponen una cotitularidad dominical que aquí no existe, entre los que gozan conjuntamente del aprovechamiento, por lo que, al corresponder al derecho litigioso la citada conceptualización legal de corraliza, el mismo es redimible, conforme a lo preceptuado en el apartado 2 de la Ley 382 del Fuero, que establece que las corralizas son redimibles a instancia del Municipio. (STS de 12 de julio de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—Un Ayuntamiento plantea una acción para que se declare extinguida una servidumbre de pastos de ganado que, bajo la forma de corraliza, ostentan los vecinos de otros dos Ayuntamientos sobre determinados montes comunales de aquel Ayuntamiento. Para redimir la servidumbre de pastos el Ayuntamiento demandante ofrece unas cantidades distintas a cada uno de los Ayuntamientos demandados. Por último, la parte demandante pide que se condene a las corporaciones demandadas a estar y pasar por esta declaración de extinción del derecho y a que prohíban e impidan a los vecinos de las respectivas localidades el aprovechamiento de los pastos objeto de las corralizas extinguidas.

Tanto el Juzgado de Instancia como la Audiencia Territorial desestimaron la demanda y el recurso de apelación correspondiente en los que se pedía la redención de corraliza o facería. (J.A.C.G.)

41. Servidumbre de no impedir vistas.—La citada limitación ha sido bien interpretada por la sentencia recurrida, como servidumbre de no impedir las vistas, servidumbre negativa, que comprende, no solamente su eliminación total, sino también la parcial, especialmente en casos como el presente, en el que se

da también una construcción de más altura que la concretamente permitida por la servidumbre de no elevar plantaciones ni edificaciones, es decir, construcciones en general, que, con el fin de mantener las vistas, tal como se tenían, impide elevar toda clase de construcciones o plantaciones. (STS de 11 de noviembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia impugnada, confirmatoria de la dictada en primera instancia, rechaza la demanda interpuesta por la actora, en la que pretendía la continuación de la obra paralizada por estimación del interdicto de obra nueva planteado por los demandados, al declarar que tal obra nueva afectaba sus derechos, favorecidos por la titularidad de una servidumbre de no obstaculizar las vistas que, desde su predio, se proyectaban hacia la zona del mar. No prospera el recurso de casación.

42. Modificación de servidumbre.—No se admite la existencia de la servidumbre, pues el Tribunal de Instancia formuló la declaración de hecho probado al proclamar la existencia de condominio, que tampoco se puede rebatir por interpretación errónea del documento privado en que se estableció la supuesta servidumbre, pues no es concebible la constitución de una servidumbre para todos los individuos (*sic*), como reza el documento que se analiza —supónese quiere decir indivisos— sin la concreción exacta de cuál es el inmueble dominante y, sobre todo, la determinación del propietario del paso o calleja que ha de ser distinto del de los predios adyacentes al mismo, dándose el caso que, del propio documento, lo que se infiere en forma sistemática y teleológica es que se constituye un condominio sobre el tan repetido *paso* a favor de los propietarios de las fincas aludidas en forma inequívoca en el tan calendado documento que, en forma más o menos directa, acceden al mismo y que de esta suerte pueden servirse de la calleja en beneficio de todos.

En cuanto a la posibilidad que se trate de accesión invertida, se declara que no se dan los supuestos exigidos por la jurisprudencia para la admisión de esta figura, ya que la Sala de Instancia había declarado expresamente la mala fe del constructor que es una cuestión de hecho sometida a la soberanía de dicha Sala. (STS de 23 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Se construye un edificio sobre una zona de paso para un lavadero; interpuesto el correspondiente interdicto, se suspende la obra. El constructor alega en contra de esta suspensión que procede modificar la servidumbre, en aplicación del artículo 545. Los oponentes alegan que no hay servidumbre, sino condominio sobre terreno ocupado. El Juzgado declara el derecho del actor a continuar la obra siempre que se ceda otro terreno para el acceso al lavadero. La audiencia condena al constructor a derribar la parte de la obra que ocupaba el terreno mencionado; aceptando la pretensión de accesión invertida, si bien rechaza la de modificación de servidumbre, aunque con la extraña contraprestación, como dice el Tribunal, de no entregar el valor del suelo invadido, sino la accesión de otro terreno para el paso. (F.L.L.Y.)

43. Discusión sobre la existencia de servidumbre de vuelo.—Los actores ostentaban un derecho de propiedad sobre el vuelo de lo que era planta baja de

la casa de los demandados, derecho patente e indubitadamente exteriorizado porque sobre la mencionada planta baja existía construido un desván que ocupaba la extensión superficial señalada por el perito, cuyo desván que se encontraba en comunicación con una habitación radicada en la primera planta del inmueble de los demandantes, colindante con el de los demandados, estaba coronado por su correspondiente tejado, y si bien en la demanda inicial de las actuaciones se califica al derecho así exteriorizado de servidumbre de vuelo, la realidad es que tal derecho de trascendencia real e inscribible en el Registro de la Propiedad no constituye *per se* una servidumbre limitativa del dominio, como lo demuestra el tratamiento que en el ámbito del Derecho Inmobiliario Registral al mismo se le concede, pues partiendo de lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, del artículo 7 de su Reglamento y del artículo 16.2 del mismo Reglamento que declara inscribible conforme a las normas del número 3 del artículo 8 de la Ley y sus concordantes el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio.

No procede la aplicación de la doctrina de la acción invertida.—El supuesto de hecho sometido a la decisión judicial es bien distinto de aquel que la preceptiva contenida en los artículos 361, 362 y 363 del Código civil, por cuanto no se trata del que edifica sobre terreno ajeno y de las consecuencias que ello conlleva según la edificación haya sido realizada de buena o mala fe, sino de un ataque directo al derecho de propiedad que sobre el vuelo de un inmueble de los demandados correspondía a los actores, derecho incluso materializado al estar construida una habitación o desván pisando sobre la planta baja del edificio de éstos, ataque directo que al estar significado por la destrucción operada de la habitación dicha y de su tejado, no puede predicarse constituya un supuesto de extralimitación, al constituir en realidad un despojo de un derecho que se posee, y menos que tal despojo pueda incardinarse ni aun lejanamente en un caso de los que dan lugar a la aplicación de la doctrina de la accesión invertida. (STS de 9 de julio de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Se ejercita por los actores una acción para que se declare la existencia de un derecho de servidumbre de vuelo en favor de una finca suya como fundo dominante sobre la propiedad de los demandados como fundo sirviente, como remisión al plano que se acompaña con la demanda o en su caso al informe pericial que se practique en su día, respecto a las características físicas y concretas de dicha servidumbre; igualmente se declare que la finca propiedad de los demandados no goza del derecho de servidumbre de voladizo al uso sobre la finca propiedad de los actores; asimismo, se condena a los demandados a la devolución de todos y cada uno de los voladizos que se detallan en el hecho cuarto de la demanda, previa declaración de que su construcción ha sido realizada de mala fe; y se les condene a efectuar las obras de reparación en el edificio propiedad de los actores.

El Juez de Instancia declaró no haber lugar a una servidumbre de vuelo a favor de los actores, la no existencia de servidumbre de voladizos a favor de los demandados y condenó a los demandados a indemnizar a los demandantes en la cantidad que se fije en ejecución de sentencia respecto a las edificaciones y vuelos construidos sobre suelo ajeno y a los daños

y perjuicios causados. La Audiencia Territorial estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por los demandantes condenando a los demandados a llevar a cabo la demolición de aquella parte del edificio, construido en terreno de su propiedad. (J.A.C.G.)

44. Aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.—La extensión y el alcance de las inscripciones que aparecen vigentes en el Registro, legitimando el derecho del tercero, que adquiere a título oneroso, de buena fe, y de la persona con facultades allí reflejadas para transmitirle el derecho, sin que pueda ser atacada la adquisición llevada a cabo por este tercero, cualquiera que sean las vicisitudes por las que la relación jurídico-real atraviese, y cualquiera que sean los derechos y acciones que extrarregistralmente puedan existir; se trata, por tanto, de un caso típico de adquisición a *non domino*, en el que el extraordinario poder legitimador concedido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, mantiene el título adquisitivo del tercero, revistiéndolo de una cualidad inatacable, independientemente de los vicios que adoleciera el título por virtud del cual el contenido registral tuviera acceso al Registro (S. de 7 de diciembre de 1987); siendo inoperante, en el presente caso, las circunstancias extrarregistrales que se dice no fueron tenidas en cuenta en la resolución recurrida, cuando precisamente la no constancia registral de las mismas sólo es atribuible a la parte que recurre.

No son de aplicación el artículo 33 de la Ley Hipotecaria y el artículo 878 del Código de Comercio.—Realmente no son de aplicación los citados artículos 33 de la Ley Hipotecaria y 878 del Código de Comercio, pues ni la adjudicación judicial que dio lugar a la inscripción era nula, en principio, con arreglo a la Ley, y si su anulación posterior no tuvo constancia registral fue culpa del recurrente; ni, por otro, los demandados adquirieron la finca del quebrado, sino de un tercero que estaba obligado por la sentencia a devolver la misma finca, o en su caso su importe, dándose la circunstancia que nadie ha promovido la ejecución de esa sentencia, ni ha procurado llevar constancia de la misma a los libros registrales, para conocimiento de los terceros hipotecarios de buena fe. Por lo que respecta a la extensión de la hipoteca, y, por tanto, a la protección del derecho inscrito en favor de los terceros, es obligado tener en cuenta que tanto contractual como legalmente la extensión de la adquisición del transferente, en virtud de la constitución de la hipoteca, a las edificaciones existentes en el inmueble al tiempo de su ejecución; condiciones en las que es transmitida la finca a los demandados, y adquisición que en las mismas circunstancias es amparada por la presunción *iuris et de iure* del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. (STS de 20 de mayo de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Se plantea por varias personas una demanda para reivindicar dos fincas urbanas. Tras el correspondiente juicio declarativo ordinario de mayor cuantía se declara a una persona de las demandantes dueño de las fincas objeto del litigio, se condena a los demandados a admitir de inmediato la posesión del propietario, igualmente se condena a los demandados a abonar las rentas al propietario desde la presentación de la demanda y, por último, se condena a los demandados a realizar o consentir los actos jurídicos para alcanzar la finalidad consistente en que las repetidas plantas sean inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre del propie-

tario. La Audiencia Territorial revocó absolviendo a los demandados de los pedimentos de la demanda. Los demandantes interpusieron recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Territorial. (J.A.C.G.)

45. Recusación de árbitros en el arbitraje de equidad.—La recusación por aducirse estar los tres letrados intervinientes interrelacionados, no consta formulada por ninguno de los afectados por el laudo, posibilitando en consecuencia su firmeza y ejecutoriedad, pues si es exacto que el artículo 23 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953 posibilita la recusación de los árbitros, también es evidente que para producir efecto una recusación se requiere que se formule y decida adecuadamente, lo que no se acreditó en el presente caso, aparte que la situación de interrelacionalidad que aduce el recurrente, no es causa de las reconocidas en el artículo 189 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para dar base a la posibilidad de los Jueces.

La inscripción en el registro no tiene eficacia convalidante.—Al ser declarada nula la segunda compraventa, como consecuencia de la declaración mediante sentencia firme penal, de la existencia de un delito por otorgamiento en perjuicio de otro de un contrato simulado, también se declara por su consecuencia la cancelación de la inscripción registral practicada al amparo de aquella escritura pública, con base en ella en manera alguna cabe apreciar prioridad dominical, tanto en virtud de la ortodoxa aplicación del principio de derecho conducente a que los actos que se dejan sin efecto se consideran como si no hubiesen sido realizados, dado que lo nulo ningún efecto puede producir, cuanto porque, aplicando *a sensu contrario* el tercer párrafo del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, los asientos del Registro practicados en los libros correspondientes dejan de producir sus efectos convalidantes cuando su inexactitud se declara por los Tribunales, lo que en definitiva es aplicación del principio de buena fe que impera en el ordenamiento jurídico registral para que produzca sus normales efectos presuntivos de acomodo a la realidad extrarregistral.

Perfeccionamiento y consumación del contrato de compraventa.—Según el artículo 1.445 del Código civil, cuando uno de los contratantes se obligue a entregar una cosa determinada y otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente, de modo que, como establece el artículo 1.450, la venta queda perfeccionada entre comprador y vendedor, y es obligatoria entre ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hubieran entregado, claramente conduce a reconocer vida jurídica al primer contrato de compraventa a pesar de la falta de entrega de la cosa y la ausencia de inscripción en el Registro, pues conforme pone de manifiesto la sentencia de 9 de julio de 1981, la entrega de la cosa en la compraventa es un requisito para la consumación del contrato, no para su perfección, y como también se expresa en la sentencia de 6 de marzo de 1952, no es lo mismo la entrega de la cosa que la transmisión del dominio. (STS de 18 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Se plantea un supuesto de doble venta, donde el segundo comprador inscribe la escritura de compraventa con anterioridad al primero. Previamente a entablar el pleito que trae como consecuencia el recurso de casación que aquí se plantea, se había acudido a un arbitraje de equi-

dad; posteriormente, el primer comparador planteó demanda sobre reivindicación del inmueble objeto de la compraventa.

La demanda fue estimada por las sentencias de ambas instancias, declarando propietario al primer comprador, y nula la segunda compraventa y en consecuencia nula la inscripción en el Registro de la Propiedad. (E.S.M.)

5. DERECHO DE FAMILIA

46. Capitulaciones matrimoniales o «espolits».—El hecho de que el marido usase de tal derecho respecto de sus bienes, no puede implicar prohibición para que el supérstite heredante haga otro tanto respecto de los suyos propios, dentro de los límites impuestos en las capitulaciones, de forma tal que con la designación de heredero está impidiendo que se cumpla la condición de la que depende la efectividad del heredamiento preventivo, pues en definitiva rige el principio de libre revocabilidad de los heredamientos preventivos sin necesidad de tener que acudir a la desheredación legitimaria. La facultad de deferir la herencia por donación universal es algo admitido en Ibiza antes y después de la Compilación, de manera que si el heredante tiene según lo pactado facultad reservada para designar herederos o donatarios, siendo ambas formas solemnes, no existe *ratio legis* para que se limite su facultad al uso exclusivo de la forma testamentaria.

Nos encontramos ante una donación universal, el hecho de que la donante se reserve el usufructo vitalicio sobre los bienes donados e imponga al donatario la obligación de pagar las legítimas a sus hermanos en proporción a lo donado, descontando de su importe el de las mejoras ya efectuadas en las fincas y las que «haga en lo sucesivo» son pactos típicos de la donación universal. (STS de 16 de mayo de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—En capitulaciones matrimoniales o «espolits» otorgadas ante notario se estableció que los futuros cónyuges hacen donación *intervivos* reservándose el usufructo durante sus vidas de la mitad de todos sus bienes presentes y venideros a favor de los hijos varones que procediesen de este matrimonio, y en defecto de varones de éste hacen las mismas donaciones a favor de las hembras de éste con preferencia a varones de distinto, reservándose, en todo caso, el derecho de elegir y nombrar los hijos que mejor les parezcan, para herederos o donatarios, y famentándose mutuamente ambos cónyuges para que si alguno de ellos muriera sin designarlos, lo puede verificar el sobreviviente por el premuerto de lo donado y reservado y para en el caso de morir sin haberlo hecho, desde ahora ya dejan nombrado por el heredero o donatario de todos sus bienes al hijo varón mayor de este matrimonio y en defecto de varón a la hembra mayor del mismo, pero todo sin perjuicio de que el cónyuge sobreviviente usufructuara los bienes del premuerto durante su viudez.

NOTA.—Como explica con gran precisión Cerdá Gimeno, el autor que con más profundidad y acierto ha estudiado estos temas, y a quien seguimos sustancialmente en nuestro comentario, la actividad del cónyuge se traduce en el ejercicio de una facultad de elección de sucesor universal. La determinación es irrevocable si se efectúa en testamento. La finalidad

de esta modalidad de heredamiento es la de evitar la sucesión intestada y la división del patrimonio ha de ser un heredamiento válido (institución contractual de heredero) a la que serán aplicables las normas de los artículos 63 a 66 de la Compilación. La prevención o previsión es el elemento identificador y tipificante del heredamiento preventivo, la prevención se refiere siempre al fallecimiento del heredante sin sucesor universal. Una segunda característica de los heredamientos preventivos es que se hagan a favor de hijos nacederos del otorgante. Es decir, lo pactado alcanza, como dice el autor, *supra* citado a quien seguimos en su exposición un carácter más bien estatutario de una sucesión que en su día deberá producirse (remito a Cerdá Gimeno, *Artículos 70 a 76 de la Compilación de Baleares*, «Revista de Derecho Privado», Tomo XXXI, Vol. 2, pp. 346-366). (F.L.L.Y.)

47. Nulidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales. Fraude de acreedores.—Poco importa, respecto a la nulidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales, el que la obligación cambiaría fuera contraída solamente por el esposo, o las específicas asignaciones a los bienes gananciales de determinadas deudas, cuando, como quedó expresado, el otorgamiento de tales capitulaciones no tenía otro objeto que el de procurar una insolvencia frente a las obligaciones válidamente contraídas por el demandado. (STS de 8 de julio de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Una entidad bancaria solicitó en la demanda la nulidad y rescisión de la escritura de capitulaciones matrimoniales por cuya virtud se adoptó el régimen de separación de bienes por fraude de acreedores, declarando sujetos los bienes gananciales a las responsabilidades derivadas de la sentencia de remate del procedimiento ejecutivo.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó este fallo. No prospera el recurso de casación.

48. Reconocimiento judicial de la paternidad.—Con base en las pruebas practicadas que han sido valoradas en su conjunto, la Sala llega a la certeza que don «X» es el padre de la niña a todos los efectos legales y como quiere que tal proclamación no se ha impugnado en cuanto supone un *mentis* a la presunción *juris tantum* que en dicha norma sustantiva se contiene, es evidente que la sentencia de divorcio señalada en apoyo de la tesis del recurso no puede contrarrestar la declaración fáctica del juzgador de instancia, ya que dicha sentencia obviamente no refleja ni puede reflejar la realidad biológica de la filiación de la neófita, por lo que carece de la eficacia connotadora del error que se denuncia en esa particularidad, y trascendente cuestión, aparte de que en el mejor de los supuestos la valoración conjunta de todas las pruebas practicadas no puede casacualmente verse mermada en su virtualidad por la prepotencia que singularmente quiere conferirse por el recurrente a tan sólo uno de los instrumentos probatorios obrante en las actuaciones.

La prueba pericial no ha sido la única ponderada por el Tribunal de Instancia para la proclamación de paternidad que en ella se contiene, sino que, como se dijo, es tanto de una valoración conjunta y ello sin perjuicio de que no se puede privar a los Tribunales de la apreciación libre de esa prueba pericial, salvo que

se acreditara —lo que aquí no acontece— que las reglas de la sana crítica a que alude el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o lo que es igual, los dictados racionales de interpretación lógica, hubieran sido transgredidos por la Sala *a quo*. (STS de 8 de julio de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—La demanda fue formulada por la madre en representación de los intereses de su hija, al objeto del reconocimiento forzoso (es decir, acción de reclamación de la filiación extramatrimonial); asimismo, terminó suplicando que además de la declaración de paternidad se rectificara el asiento registral en donde apareciese inscrito el nacimiento de dicha menor. Es decir, el motivo de la presente *litis* es el reconocimiento de la paternidad.

Por parte del recurrente se solicita la nulidad de la prueba pericial biológica; si bien el juzgador en casación, con buen criterio, concluye desestimando tal pretensión por intemperante y extemporánea, porque habiendo asistido el recurrente al acto judicial en que tuvo lugar la aclaración promovida de oficio por el juzgador de instancia, tuvo ocasión, en ese momento procesal, para a su vez solicitar las nuevas aclaraciones.

NOTA.—No tiene ninguna razón el recurrente, y, por el contrario, hay que felicitar al ponente de la sentencia, que con suma claridad y contundencia refuta las endeble argumentaciones del recurrente, que en modo alguno, como después analizaremos, comportan credibilidad en sus pretensiones.

De entrada podemos preguntarnos si se demandó también al Ministerio Fiscal, porque de los autos no se deduce que se produjera esta circunstancia, y ya sabemos que es parte interesada por afectar el objeto de la *litis* al estado civil. Hubiera tenido más consistencia argumental este defecto formal en la incorrecta constitución del *litisconsorcio*, que excepcionar, como hace el recurrente, la falta de legitimación pasiva en la actora en instancia y recurrida en casación.

En otro orden de cosas, el resquebrajamiento que el recurrente pretende llevar a cabo en cuanto a la efectividad de la prueba pericial biológica es insostenible, ya que pretende desvirtuar los resultados del peritaje con el llevado a cabo a la madre, progenitora a la sazón, cuyo análisis, como bien dice el juzgador en casación, es biológica y procesalmente irrelevante en cuanto a los resultados de la prueba hematológica realizada al encausado y a la hija.

En mi opinión, en modo alguno se infringe el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues se olvida el recurrente que las pruebas biológicas tendrán el valor que aquel precepto rituario —regla de la sana crítica— confiere a las pruebas periciales. El dictamen de los peritos no vincula al Juez, por lo que tendrá libertad para valorarlo conforme a las máximas de experiencia jurídica comunes.

Estamos de acuerdo con el ponente cuando *a fortiori* mantiene el criterio de irrecurribilidad de las providencias para mejor proveer. Soy del parecer que con dichas diligencias se respeta el principio programático de la reforma consistente en la verdad biológica real.

En otro orden de cosas, es absurdo la argumentación del recurrente

en el segundo motivo de casación, cuando dice «que es la fecha del 8 de julio de 1983 por la que se declara el divorcio, la que da estado oficial y vinculante *erga omnes*, todos los demás documentos de carácter privado no pueden contrarrestar la virtualidad de la sentencia de divorcio, la que determina que hasta entonces entre en juego el artículo 116 del Código civil con la presunción de hija matrimonial respecto de la inscrita...».

Bastaría recordar al recurrente los efectos *oje legis*, que provoca automáticamente por ministerio de la Ley la admisión de la demanda de divorcio (art. 102 Cc), y entre ellos le rememoramos el que cesa la presunción de convivencia conyugal, con lo cual no rige la presunción de paternidad (*pater is*); pero es que además la madre vivía separada de hecho de su esposo desde el 13 de febrero de 1980, como consta en la sentencia de divorcio solicitada de común acuerdo y dictada el 8 de julio de 1983, es claro que tanto que la separación de *facto* ha durado más de trescientos días, por lo que cesa *ex lege* la presunción de paternidad del marido de la actora, artículo 116 del Código civil (recurrida en casación). Tampoco nos consta que en ese *interin* se hubiera reanudado la vida conyugal, porque hubiera habido convivencia en la época de la concepción...

Es correcta la imputación *ab initio* de la filiación materna extramatrimonial de la niña, al no regir la presunción de paternidad matrimonial. Asimismo, es coherente la atribución de la filiación paterna extramatrimonial en base a la certidumbre y solidez de las pruebas aportadas y entre ellas la pericial biológica. (F.L.L.Y.)

49. Reclamación de la filiación paterna extramatrimonial.—En relación a la negativa del recurrido a someterse a las pruebas biológicas, dice el Tribunal Supremo que no hay que olvidar que si la persona de la que se postula el reconocimiento de la paternidad es sujeto del proceso, es a su vez objeto del proceso y, en última instancia, el cuerpo humano pasa a ser objeto de la prueba pericial sobre el que han de operar la obtención de las pruebas biológicas y antropológicas, cuya negativa por parte del sujeto de someterse a ellas conculcaría la declaración programática del artículo 39.3 *in fine* de la Constitución, cuando proclama que la Ley posibilitará la investigación de la paternidad como lo hace el Código civil en los artículos pertinentes, conforme a la reforma llevada a cabo en la Ley 11/1981, de 13 de mayo. Y en otro orden de ideas se harían ilusorias las posibilidades de obtención de la tutela efectiva en derechos tan legítimos como los que se postulan. No hay que olvidar que en caso de que se diera un alcance inusitado a la negativa al sometimiento de las pruebas biológicas se premiaría a quien se comportase en el proceso de tal guisa y se condenaría al inocente al privarle de todo medio de prueba. (STS de 14 de julio de 1988, ha lugar al recurso.)

HECHOS.—La *res litigiosa* del pleito que abordamos tiene por finalidad la reclamación de la filiación paterna extramatrimonial del encausado, a quien se le condena por el Tribunal de Instancia *a quo* a la atribución de la paternidad y a todos los efectos civiles inherentes a dicha relación paterno-filial. En apelación, la Audiencia Territorial revoca la sentencia a la sazón impugnada por el condenado absolviéndole de las pretensiones de reconocimiento de la paternidad.

Se recurre dicha sentencia y la recurrente, madre del niño, tiene éxito en su pretensión y el Tribunal Supremo casa la sentencia condenando al recurrido al reconocimiento forzoso de la paternidad, con todas las funciones inherentes a dicho *status filiatoris*.

A *fortiori*, debemos hacer constar que dicha sentencia tuvo un voto particular del Magistrado don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade (en uso del art. 260.1 LOPJ).

Por nuestra parte, en este momento de resumen de los hechos sólo destacaremos la congruencia, oportunidad y buenos razonamientos del aludido Magistrado que presentó el mentado voto particular.

NOTA.—En el mentado recurso, el punto fundamental de debate se reconduce al razonamiento (estimamos que equivocado) del juzgador en casación al considerar que se infringe el artículo 127 de la Ley ordinaria (Código civil), como asimismo los principios constitucionales programáticos en la materia, es decir, artículo 39 de la Constitución. Es absurdo que se argumente la infracción del artículo 127 del Código civil, pues dicho precepto no ha sido infringido, por cuanto su cometido no es otro que *posibilitar* la verdad biológica en las relaciones de filiación *a patre* y *a matre*; siendo la conducta renuente del recurrido la causa por la que no se practicaran las pruebas biológicas, pero no por infracción legal. *Item mas*, como ha reconocido la propia Sala, el planteamiento del recurso sobre la base del dictado del artículo 127 del Código civil, que enumera los medios de prueba admisibles en los juicios sobre filiación no son aptos para amparar un recurso de casación, al no referirse a un medio de prueba concreto ni regular su eficacia (SS. de 7 de febrero y 6 de junio de 1981; 5 de abril, 16 y 26 de diciembre de 1983; etc.).

El juzgador en casación comete el error de magnificar un hecho indiciario, cual es la negativa a someterse a las pruebas biológicas para elevarlo a categoría probatoria suprema para apoyar su convicción y discrecionalidad. Repárese cuando dice en la sentencia que «habida cuenta de la amplitud de probanzas y medios que la Ley brinda generosamente en esta materia (art. 127 Cc.)..., procede concluir que las reiteradas negativas del demandado a someterse a las pruebas biológicas solicitadas por la contraparte y a no haber suministrado la absoluta e irrefutable de *no ser* el padre, procede concluir con la estimación del motivo casacional...».

A nuestro parecer, el ponente de la sentencia en casación incurre en una convicción parcialmente subjetiva cuando atribuye la paternidad al encausado en base a la negativa de éste a someterse a las pruebas biológicas, comportando a su juicio dicha actitud un indicio revelador de un afán obstencionista y que denota un fraude de Ley y un ejercicio antisocial del Derecho, lo que a mi modo de ver es un razonamiento muy singular y que genera una solución maximalista, es decir, todo lo que no fuera un proceder ortodoxo sería ilegal, antisocial y abusivo...

Es claro que la doctrina que se sienta en esta sentencia es valorar con primacía de la negativa a las pruebas biológicas sin acometer una postura conjunta en los resultados probatorios, incurriendo en el error de absolutivizar un simple hecho indiciario que ha de ser autointegrado en relación

con las restantes *quaestio facti* del artículo 135 del Código civil; sólo así se llegará a una cabal certidumbre en cuanto a la imputación de la paternidad.

Obsérvese que en la doctrina sentada en esta poco clarificadora sentencia no se recurre a la comprobación de los restantes hechos indiciarios que acreditarían la paternidad que se discute, pues ni hay un ánimo reconociente, ni posesión de estado, ni tampoco una acreditada convivencia con la madre en la época de la concepción. Por el contrario, el convencimiento y discrecionalidad en su valoración atributiva la deduce inconcusamente el juzgador de la negativa a los peritajes biológicos.

En resumen, debemos criticar la actitud del ponente que injustificadamente no relaciona el hecho indiciario de la negativa del demandado a someterse a las pruebas (olvidando aquél el viejo principio del *nemo ad factum cogi potest*) con las restantes pruebas *facti* (*vide* art. 135 Cc.), no acreditándose la concurrencia de las mismas. En fin, no hay en el pleito que comentamos una voluntad de paternidad que exteriorice un claro ánimo desencadenante de constituir una relación paterna filial, no llegándose a acreditar con absoluta credibilidad que esa voluntad firme, espontánea y resuelta por parte del demandado de tener por hijo al que pretende ser reconocido, y cuando tampoco se ha acreditado el juego aplicable de las restantes pruebas indiciarias (reconocimiento aformal, posesión de estado, convivencia con la madre en la época de la concepción, etc.), aunque quizá ha tenido —desafortunadamente en cuenta— el *desideratum* que supone el inciso final del artículo 135, «otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo», ¿pero cuáles son en el pleito que comentamos? (F.L.L.Y.)

50. Reclamación de la filiación paterna extramatrimonial.—El artículo 135 del Código civil refleja un sistema en cierto modo parecido al francés, en el que sin sanciones plenamente el principio de la prueba libre, ni admitir el de presunciones legales, introduce en materia interpretativa un criterio de gran amplitud, que autoriza al Juez, acudiendo a las presunciones *sen indicis* a declarar o no la filiación reclamada, tomando en principio como punto de partida los hechos base que el legislador señaló en dicho precepto.

El Tribunal *a quo*, no llega a la conclusión estimatoria de la demanda, con base exclusiva en los documentos citados, sino más bien en el total conjunto probatorio, bastando la simple lectura de la sentencia impugnada para comprobar la importancia concedida a la prueba testifical, reforzando el contenido de las discutidas cartas; y, dado el proceso valorativo empleado, es abundante y conocida la doctrina jurisprudencial que impide aislar y atacar una determinada prueba, sacándola del conjunto y desarticulándola, para producir conclusiones distintas de las apreciadas por el juzgador.

Finalmente, la infracción que se aduce con relación a los artículos 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1:248 del Código civil, no ha lugar, ya que no contienen reglas de valoración probatoria o tasada, y sólo poseen carácter admnistrativo, y no preceptivo, aparte de que las reglas de la sana crítica, a las que se refiere el artículo 659, tampoco pueden citarse como infringidas, por no constar en norma jurídica positiva. (STS de 26 de mayo de 1988, no ha lugar.)

Efectivamente, puede decirse que con la nueva regulación sobre la filiación se ha llegado a un sistema probatorio no tasado, sino por el contrario libre, lo cual posibilita una mayor discrecionalidad judicial, máxime cuando no hay que sentirse vinculado a los resultados de cualquier peritaje biológico.

Es claro, asimismo, que el juzgador en modo alguno debe otorgar un valor absoluto en su convencimiento a las pruebas biológicas, sino por el contrario deben valorarse las pruebas biológicas en su conjunto. En resumen, las pruebas deberán tener el valor que el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (reglas de la sana crítica) confiere a las pruebas periciales. Es importante resaltar que ninguna prueba debe tener un valor absoluto, y debe quedar a la discrecional apreciación del Juez.

Efectivamente, estas reglas de la sana crítica no están definidas en ningún texto legal. *A fortiori*, este dictamen de los peritos no vincula al Juez, quien tendrá plena libertad para valorarlo, pero conforme a dichas reglas según «máximas de experiencia jurídica comunes»; así, pues, si el dictamen pericial es concluyente aplicando estas reglas de la sana crítica, resulta prácticamente vinculante para el Juez. En todo caso, el Juez gozará de un amplio margen de libertad para valorar dicha prueba.

En conclusión, cuando hay unos hechos probados (como deducimos que ocurre en el pleito *ad casum*) una acreditación de las restantes pruebas indiciarias se llega a la convicción de la atribución de un nexo paternofamiliar, y es notorio cómo del mismo modo evidente que la convicción e inteligencia del juzgador debe contemplarse no tanto en la mera probanza de un hecho indiciario, sino de todo el conjunto de las pruebas o hechos indiciarios —*presunciaris facti*— del artículo 135 del Código civil. (F.L.L.Y.)

6. DERECHO DE SUCESIONES

51. Legítima catalana. Intereses.—La base de aplicación del artículo 139.3 de la Compilación, en cuanto releva del pago de intereses de la legítima debida al heredero o usufructuario universal, viene motivada, según la sentencia de 24 de marzo de 1962, en una especie de compensación por tales intereses por alimentos, que consisten, según los artículos 142 y 146 del Código civil, en una amplia asistencia que comprende, según una variable proporción entre los medios de quien los recibe, sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación. (STS de 27 de enero de 1988, no ha lugar.) (STS de 4 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Los herederos solicitan la legítima catalana que a su causante correspondía en la herencia de su madre. Demandan al heredero universal de ésta y reclaman a la vez daños y perjuicios irrogados a su causante por la actuación sucesiva de su madre y el heredero de ésta durante el período en que aquél estuvo incapacitado. La sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, que confirma la de instancia, accede a las peticiones de los demandantes. No prospera el Recurso de Casación. (I.G.P.)

52. Revocación testamentaria tácita.—El tema de la revocación testamentaria tácita puede plantearse en el plano de *lege ferenda* en una doble vertiente: el mero otorgamiento del nuevo testamento, considerado de manera global, deja sin efecto el testamento anterior, igualmente considerado de forma unitaria, o más bien la revocación sólo debe producirse en tanto en cuanto que el contenido de la última disposición testamentaria sea incompatible con el de la anterior; nuestro Código civil se inclina por el sistema de la revocación total, producida por el mero hecho del otorgamiento de un testamento posterior, y en el artículo 739.1 del Código civil, que establece: «El testamento anterior queda revocado de Derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo o en parte.»

Compatibilidad entre testamentos.—Conciliando el artículo 739 del Código civil con el artículo 675 del mismo cuerpo legal, e interpretando la segunda disposición testamentaria conforme a la verdadera intención del testador, deducida del propio tenor del testamento, y admitiendo la eficacia de aquellas disposiciones del primer testamento que puedan coexistir con los del posterior, según la prevalente voluntad del *de cujus*, implícita en la disposición testamentaria y deducida del sentido literal de sus palabras; postura más acorde con la moderna doctrina científica, al entender que la «voluntad» que se exige en el artículo 739.1 del Código civil, para dejar subsistente un testamento anterior, puede no sólo ser la «expresa» allí mencionada, sino también la «deducida» que acoge el artículo 675 del mismo cuerpo legal.

Interpretación de la voluntad del testador. Medios extrínsecos.—Es jurisprudencia pacífica que el elemento primordial para conocer la voluntad del causante ha de ser el tenor del propio testamento, y, dentro de su tenor, atenerse a su literalidad, «a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador», y sólo para el caso de que surgiere la duda «se observará lo que aparezca más conforme con la intención», pero siempre según el tenor del mismo testamento; sin que, por otra parte, sea lícito al intérprete extender las disposiciones testamentarias de más allá de su expresión literal, y sólo es permisible la búsqueda de la voluntad por otros medios probatorios, cuando ésta aparezca oscura, ambigua, contradictoria o dispar entre las palabras utilizadas y la intención (SS. de 5 de marzo de 1944, 6 de febrero de 1958, 19 de noviembre de 1964, 5 de junio de 1979 y 24 de marzo de 1982). (STS de 1 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—La testador otorgó sucesivamente cuatro testamentos abiertos antes de su fallecimiento. El actor solicita que se declare la nulidad del último testamento y, subsidiariamente, la compatibilidad entre éste y el anterior. La Audiencia Territorial revoca la sentencia de instancia que declaró la compatibilidad entre ambos testamentos. No prospera el Recurso de Casación.

NOTA.—Interesante sentencia sobre la posible compatibilidad entre varios testamentos, conciliando la letra del artículo 739.1 del Código civil con el artículo 675. Dicha compatibilidad se ha defendido por la mejor doctrina (Cfr. Díez Picazo, L., *La pluralidad de testamentos*, en «RDN», núm. 27, 1960, pp. 11 y ss.) teniendo en cuenta las razones históricas que llevaron a la formulación del primer párrafo del artículo 739 y su difícil

armonización con el resto del sistema testamentario. La voluntad del testador en el sentido de que valga lo dispuesto en testamento anterior puede obtenerse acudiendo a los principios generales del artículo 675 del Código civil sobre interpretación del testamento (Pastor Ridruejo, *La revocación del testamento*, Barcelona 1964, p. 215; Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, *Elementos de Derecho civil*, T. V, Barcelona 1981, p. 282). En el presente caso, la voluntad de la testadora se había manifestado en términos que acaso no eran totalmente inconciliables, aunque el Tribunal Supremo así lo estima. La cuestión se centró en los dos últimos testamentos. En el penúltimo instituye herederas a sus sobrinas y deja al actor simplemente un legado consistente en una casa y el saldo de unas cuentas en la Caja de Ahorros de Valencia. En el último testamento, en cambio, las herederas pasan a ser únicamente legatarias del saldo de la Caja de Ahorros de Sagunto, y se designa un albacea facultado para el pago de este legado y para «disponer de la totalidad del saldo de la Caja de Valencia». Asimismo, expresa su voluntad de permanecer, por el momento, sin heredero instituido porque «no lo tiene decidido» y lo deja para un último «testamento» que no llegó a otorgarse. El Tribunal Supremo afirma que si se accediera a la pretendida compatibilización «resultaría que la causante tendría unos herederos expresamente no queridos por ella y unos legatarios distintos de los pensados últimamente, «...interpretación comparativa que imposibilita la coexistencia de los testamentos de fecha 21 de junio de 1980 y 22 de enero de 1981».

Parece evidente que no podía mantenerse la institución de heredero, pero el actor lo que solicitaba era la compatibilidad parcial, el mantenimiento del legado hecho en el penúltimo testamento, compatible por «disparidad de extensión objetiva» (Díez Picazo, *ob. cit.*, p. 93), con los que dispone en el último, que, además, a falta de institución de heredero, tenía un carácter puramente codicilar (Díez Picazo, *ob. cit.*, p. 93). (I.G.P.)

53. Doctrina de los actos propios.—Actos propios son los que como expresión inequívoca del consentimiento se realizan u obedecen al designio de crear, modificar o extinguir algún derecho causando estado y definiendo de un modo inalterable la situación jurídica de su autor, no cabe entender que el simple planteamiento de un proceso judicial a fines de dilucidar una situación jurídica en conflicto, por entender era válido para ello, pueda arrastrar a seguirle y prohibirle cualquier conducta posterior apartándose del mismo.

Renuncia de derechos.—Acudir a un juicio de testamentaria no es acto concluyente del que pueda entenderse renunciados aquellos derechos derivados del testamento, pues si por un lado se ha de pasar por la partición hecha por el testador, cuando los herederos no se entendieron habrá que acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil, nada obsta que legado tal entendimiento siempre existiera la posibilidad de prescindir del procedimiento, luego no cabe entender que el acudir al mismo suponga la renuncia de un derecho que al heredero corresponde mientras penda la liquidación total de la sucesión.

Adición a la partición.—En cuanto que el testador hace una distribución y adjudicación de la plena totalidad de sus bienes que constituyen su herencia, y

que lo que queda fuera no representa sino una mínima parte dentro de la totalidad de la herencia, cabe encajarlo en lo dispuesto en el artículo 1.079 del Código civil, como entendié el juzgador de instancia. (STS de 15 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora entabla demanda solicitando la nulidad de escritura donde se adjudicaban los demandados diversos bienes de la herencia de la que ella era coheredera, y como consecuencia también de las inscripciones en el Registro de la Propiedad. Tanto la demandante como los demandados habían sido instituidos herederos en virtud de testamento donde se efectuaba una partición parcial que incluía prácticamente la totalidad de la herencia, excepción hecha de algunos bienes. Previo a la demanda se había suscitado juicio valorativo de testamentaria promovido por los demandados, aunque posteriormente se habían separado del mismo.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando nula la escritura de adjudicación y consecuentemente también las inscripciones. La Audiencia Territorial estima parcialmente el recurso de apelación y declara nula la escritura únicamente en cuanto a la adjudicación de bienes realizados por los demandados que no habían sido objeto de partición, declarando asimismo nulas las inscripciones. (E.S.M.)

54. Nulidad de operaciones particionales.—En cuanto a la excepción de defectuosa legitimación pasiva por no haber sido demandado el contador partidor, debe concluirse que una vez terminado su misión de dividir la herencia y protocolizado el cuaderno particional, no se puede asignar el concepto de interesado *stricto sensu* en la partición, que afecta exclusivamente a los herederos, y, por tanto, es preciso dirigir contra él la demanda de nulidad de la partición.

En otro orden de cosas, si bien es cierto que el párrafo 1.º del artículo 1.057 no condiciona la validez de la partición hecha por contador al consentimiento de los herederos, no lo es menos que la causa determinante de la inexistencia y nulidad declaradas en las sentencias del Juzgado y de la Audiencia radicó en la falta de intervención del contador en la confección de las operaciones particionales; aunque los herederos e interesados estuviesen conformes en el contenido de las mismas, ello no obsta para prescindir de la persona encomendada por el testador para hacer la partición. (STS de 15 de julio de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Al tiempo del fallecimiento de doña X en octubre de 1973, en estado de casada con Y, la sobrevivieron cinco hijos.

Dicha señora había otorgado testamento abierto el 2 de agosto de 1973, en el que prohibió la intervención judicial en su testamentaria y nombró contadores solidarios a B y C por un plazo de tres años para cumplir su misión desde que se les notifique. En agosto de 1982, el viudo (Y) y el contador partidor comparecieron ante notario para exponer que habían practicado de común acuerdo la división del caudal relicto de la nombrada X y liquidación de la Sociedad Conyugal, quedando protocolizado el cuaderno particional.

Una hija de la causante promovió en el Juzgado de Primera Instancia un pleito contra sus hermanos en solicitud de que se declarasen nulas e

inexistentes la referida partición de la herencia de doña X, así como la liquidación y adjudicación de la sociedad de gananciales de ésta y su esposo.

NOTA.—Obsérvese que el *quid* del asunto radica en considerar errónea por el ponente la creencia de que aunque todos los herederos están conformes en prescindir de la intervención del contador y aunque ello supusiese la razón última que impulsó al contador a firmar las operaciones, aun así no obsta para la concurrencia de aquella omisión trascendente, no «permitiéndose prescindir del contador partidor el ser la persona encomendada por el testador para hacer la partición.

Esta inteligencia es acorde con la concepción del cargo de contador-partidor conferido por el testador como un mandato *post mortem*, que reviste notas solemnes y sagradas de las que no se puede desprender.

Por el contrario, participo de la opinión doctrinal según la cual siendo el cargo de contador impuesto por el causante a los coherederos, éstos, por unanimidad, pueden eliminar su intervención. Estoy con el profesor Lacruz cuando concluye que el contador-partidor puede ser sustituido por manifestación de todos los herederos que son quienes deben decidir si parten o continúan la comunidad, o, al menos, pueden imponer su propio proyecto particional, haciendo innecesaria la arbitración del comisario.

No obstante, el criterio jurisprudencial es contrario a esta tesis, que, a mi juicio, es la más justa con todos los intereses en litigio. (F.L.L.Y.)

55. Comunidad hereditaria. Comparecencia en juicio.—Cualesquiera de los comuneros puede comparecer en juicio cuando se trate de asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ejercitando las pertinentes acciones para defenderlos.

Uso de la cosa común.—Si bien es cierto que cada comunero puede servirse de la cosa común conforme a su destino (y el de los pisos es habitarlos), ello debe entenderse en íntima y nunca separable conexión con la circunstancia de que con dicho uso en exclusiva no se perjudique el interés de la comunidad. Referido uso, de acuerdo con el artículo 348 del Código civil, debe ser autorizado al menos por la mayoría. (STS de 30 de noviembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—A la muerte de la madre de los actores un coheredero ocupó un piso sin consentimiento de los restantes coherederos, ni del esposo de la fallecida, ni del albacea, sin pagar renta y sin abonar los gastos de la comunidad de propietarios. Por este motivo, los coherederos demandaron al ocupante del piso y al albacea, solicitando el desalojo del piso e indemnización de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, absolviendo al albacea. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación.

56. Derecho de usufructo. Ejercicio de la acción reivindicatoria del Derecho real.—El ejercicio de los derechos correspondientes al propietario que el artículo 490 del Código civil concede al usufructuario de parte de una cosa poseída en común, presupone la existencia del derecho real que no se origina a favor

de los partícipes en una comunidad hereditaria ni por el testamento ni por la declaración de herederos abintestato, habida cuenta de que conforme al artículo 1.068 del Código civil sólo la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados y en supuestos como el presente, la de los derechos reales, lo que hace que al no derivar de la comunidad hereditaria una atribución concreta de bienes carezca en principio el heredero para reivindicar dada la indeterminación de sus derechos hasta las pertinentes adjudicaciones. En conclusión, la sentencia recurrida no infringió el artículo 490 del Código civil, pues dicho precepto lo que regula es la comunidad que existe cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece «pro indiviso» a varias. (STS de 1 de julio de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—La actora aquí recurrente acude al litigio como titular por disposición testamentaria de su difunto marido, del usufructo del tercio de libre disposición de la herencia de éste, y que al propio tiempo le correspondía por ministerio de la Ley, el usufructo del tercio destinado a mejora, según disponía el artículo 834 del Código civil, añadiendo la meritada sentencia que también estaba probado y aceptado que los bienes reclamados formaban parte de la masa hereditaria indivisa, y todavía más, que la actora no había hecho aún la liquidación de los bienes de la sociedad de gananciales que constituyó con su premuerto cónyuge.

NOTA.—Es acertado el razonamiento del ponente, pues mientras no se realicen sendas liquidaciones, es decir, la de la sociedad de gananciales existente y la de la comunidad hereditaria y se proceda con posterioridad a la adjudicación, no se puede instar con éxito la mentada acción reivindicatoria del derecho real de usufructo sobre bienes concretos. Sabido es de todos que en el período de indivisión que precede a la partición, los herederos poseen el patrimonio del causante colectivamente, hay unas titularidades abstractas que la partición condensará en titularidades concretas; durante el *interin* de tiempo en que la comunidad dura permanecen indeterminados los respectivos derechos (recuérdese aquella vieja máxima escolástica que nos explica el profesor Martínez Royo, que para negar la pretendida localización del alma en una viscera o parte del cuerpo concreta afirmaban que el alma se halla en el cuerpo *tota in toto et tota in qualibet parte* —toda en todo él y toda en cualquiera de las partes—) hasta que se materializan mediante la partición, que es a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.068 del Código civil la que reconoce a cada heredero derechos individuales, específicos y concretos sobre los bienes del acervo hereditario. Por tanto, como ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, la petición es la operación complementaria de la transmisión y que es siempre indispensable para obtener el reconocimiento de propiedad sobre bienes determinados (*vide* art. 1.068); por tanto, no se pueden reivindicar bienes concretos y determinados procedentes de la sucesión hereditaria sin que proceda la partición de la herencia con la consiguiente adjudicación de bienes a quien los reclama (SS. de 25 de marzo de 1943, 19 de noviembre de 1956 y 8 de marzo de 1957, entre otras).

En conclusión, la postura que ha adoptado la jurisprudencia en cuanto a la situación del usufructuario ante la división de la cosa poseída en co-

mún, es que sin admitir la existencia de una verdadera comunidad más que entre los titulares de la viuda propiedad, puesto que los derechos de la usufructuaria y de los viudos propietarios no poseen la misma naturaleza, debe reconocerse en este caso el derecho de los últimos a practicar la división material, toda vez que la posición del usufructuario queda salvaguardada por el artículo 405 del Código civil (Resoluciones de 24 y 27 de diciembre de 1934). (F.L.L.Y.)

II. DERECHO MERCANTIL

57. No coincidencia de marcas.—Que la marca número... de prioritario acceso en el Registro, a nombre de la demandante P, es de índole mixta, consistente en un determinado vocablo, una particular representación gráfica del mismo y un grafismo representativo caracterizado por una determinada banda lateral y un modelo industrial consistente en un calzado deportivo singularizado por un conjunto de diversos elementos configuradores, de tal manera que con relación a la inscripción a favor de la entidad demandada «X, S.A.», del dibujo número... y del modelo número... el único elemento común es la banda lateral, que si bien no son absolutamente idénticas, se asimilan, siendo la de la marca de la actora de mayor anchura en su extremo inferior. En fin, que no se produce coincidencia, pues que solamente en su caso se daría en uno sólo de los diversos elementos que integran la referida marca de la demandante, que tiene otras características permisivas de establecer claras diferenciaciones con relación a los signos apuntados, lo que determina que la referida marca número..., considerada en su conjunto, se diferencia suficientemente de los referidos dibujo y modelo industrial cuyas inscripciones se impugnan, circunstancias todas que indudablemente conducen a que la sentencia recurrida en manera alguna haya producido infracción del artículo 124.1, en relación con el 187 del Estatuto de la Propiedad Industrial. (STS de 29 de febrero de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia competente se promovieron autos sobre nulidad de patentes a instancia de P contra la Sociedad «X, S.A.».

Se formalizó la demanda en base a los hechos que sintéticamente exponemos: por parte de la representación de la parte actora, que P se constituyó en 1949 dedicándose a la fabricación o venta de artículos deportivos creando su propio distintivo (una franja situada en cada uno de los laterales del calzado deportivo). Este distintivo fue objeto de un primer registro como marca gráfica en 1958 y concedido el 23 de octubre de 1959.

Con fecha de 25 de noviembre de 1960, la actora solicitó la protección en España de la marca internacional. Esta solicitud fue denegada por oposición de la marca evidente, que tanto el dibujo industrial como el modelo industrial pertenecientes a la demandada carecían total y absolutamente de novedad en nuestro país en el momento de su solicitud, por encontrarse anticipada dicha novedad por el calzado deportivo propiedad de la actora y que ésta había comercializado en España y por la pertenencia a la misma de la marca.

NOTA.—Naturalmente es obligado hacer alusión al respecto a la Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986 y fundamentalmente la Ley de Marcas de 10 de noviembre de 1988, ya que como se dice en la Exposición de Motivos, la Ley de Patentes originó una cierta fragmentación legislativa en materia de propiedad industrial al tener que convivir una moderna normativa sobre patentes con la protección jurídica en materia de signos distintivos contenida en el Estatuto de Propiedad Industrial. En otro orden de cosas, aunque la Ley se denomina «de Marcas» por ser éste el signo distintivo por excelencia, contiene además la regulación del nombre comercial, del rótulo de establecimiento y de la competencia desleal.

Uno de los aspectos más importantes del sistema de Marcas es el de la adquisición del derecho sobre la marca. El uso obligatorio de la marca registrada es otro de los temas capitales del derecho de marcas que incluso justifican su reforma. En este sentido, la Ley ha optado por mantener esta obligación, si bien modificando ciertos aspectos del antiguo Estatuto de Propiedad Industrial, para conseguir una mayor eficacia. Asimismo, se regula que la carga de la prueba del no uso no recaerá sobre el demandante, sino que se introduce el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba: será el titular de la marca quien, en el juicio correspondiente, tenga que demostrar que la está usando de manera efectiva para evitar su caducidad.

Siguiendo la precisa definición de Otero Lastres, se define la marca como todo signo o medio que diferencie o sirva para diferenciar en el mercado unos productos o servicios *idénticos* o similares (incluso los de una misma persona). A tal efecto, la remisión del artículo 187 al 124 (exclusiones de signos que no pueden ser marcas) vale sólo para las exclusiones aplicables al caso; y no puede condicionarse a la regla de la especialidad, porque en el artículo 165 del Estatuto de Propiedad Industrial confiere el derecho exclusivo contra cualquier utilización industrial y no sólo para una clase determinada de objetos.

La doctrina y jurisprudencia afirman que la marca protege tanto el interés particular de su titular como el interés general de los consumidores a través de las siguientes funciones que sintetiza Fernández Novoa:

1.^a La indicación de la procedencia empresarial de los productos o servicios, pues el consumidor, aunque ignore quién es el empresario o empresarios, supone que siempre es el mismo; función que queda desvirtuada cuando las legislaciones admiten la transmisión de la marca o su licencia o autorización a ser utilizada por terceros.

2.^a La indicación de la calidad del producto o servicios que alcanza carácter fundamental en caso de transmisión o licencia de marca.

3.^a Por último, la marca desempeña la función de condensar el «goodwill» o buena fama que gozan entre el público los productos o servicios de marca, reteniendo asociados en la memoria del público el signo y la calidad conocida de forma directa o inducida, por ejemplo, a través de la publicidad (véase, para un mayor desarrollo, Fernández Novoa, en 5 *ADI*, 1978, pp. 33 y 55; también Otero Lastres, en 6 *ADI*, 1979-1980, pp. 17 y siguientes, y, finalmente, Vicent Chulía, *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, Librería Bosch, 1986, pp. 688 y ss.). (F.L.L.Y.)

58. Naturaleza cambiaria de la acción entablada.—En el recurso se confunden expresiones (acción-procedimiento) que por hacer referencia a conceptos distintos, no son oponibles, ya que una cosa es la clase de juicio en que se hace valer la acción y otra la naturaleza de ésta, de modo que derivada la pretensión que se actúa en el proceso, de la aceptación de unas letras de cambio perjudicadas por falta de protesto en poder del tercero demandante, poniendo inequívocamente de relieve el origen y la naturaleza cambiaria de la acción entablada, el examen de ésta en el juicio ordinario correspondiente a la cuantía, no altera para nada la naturaleza del derecho ejercitado, ni influye en la de la acción, la cual precisamente por estar fundada en letras de cambio es en todo caso y cualquiera que sea la clase de juicio en que se demande su abono por el tercero legítimo tenedor de ellas, acción cambiaria.

El tenedor de la letra que reúne los requisitos del artículo 444 del Código de Comercio puede utilizar facultativamente, si no está perjudicada y necesariamente cuando ha perdido la eficacia ejecutiva, la acción ordinaria de condena contra el aceptante en juicio de esta naturaleza ordinaria, en el cual, si generalmente, tratándose de relaciones jurídicas extracambiarías, no hay tasa de excepciones, sí la hay para el deudor cambiario en los términos del artículo 480 del Código de Comercio, ya que otra cosa supondría aceptar la conclusión de que la utilización de la vía ordinaria para hacer valer una pretensión de condena altera la naturaleza de la acción ejercitada que, no obstante estar fundada en título cambiario, como aquí sucede, sufriría una mutación por obra del cauce procesal elegido. (STS de 8 de febrero de 1988, no ha lugar al recurso.)

HECHOS.—Ejercitada por el Banco X acción para reclamar en juicio ordinario de mayor cuantía la cantidad de 4.646.960 pesetas, importe de seis letras de cambio, que aceptadas por el demandado no fueron, en su día, protestadas por el tenedor. La sentencia en apelación, al margen del desarrollo del contrato causal entre el propio aceptante demandado y el librador, condenó a aquél a abonar al Banco tomador el citado importe en consideración a que en el ejercicio de una acción nacida de una relación cambiaria, no eran oponibles al demandante tenedor de las letras, las vicisitudes del contrato causal, actuables por el librado aceptante frente al librador de las mismas. Es impugnada en el recurso articulando al efecto dos motivos de casación al amparo, el primero de ellos del número 3 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, por supuesta incongruencia, y el segundo bajo el número 5 del mismo artículo de la Ley procesal, por aplicación indebida del artículo 480 del Código de Comercio e inaplicación de los artículos 1.261 y 1.275 del Código civil.

NOTA.—Evidentemente, el tenedor puede elegir las acciones cambiarias contra los firmantes o la acción causal contra aquel con quien él contrató. Necesita para ello que la letra no se haya pagado y haya cumplido los requisitos formales correspondientes.

¿Se puede ejercitar conjuntamente la acción causal (declarativa) y la cambiaria? El Tribunal Supremo (en doctrina jurisprudencial reiterada) ha manifestado que no conjunta, pero sí subsidiariamente. Es decir, acción causal porque ha celebrado un contrato y acción cambiaria porque ha firmado la letra.

A mayor abundamiento, diremos que, efectivamente, la acción directa se admite su ejercicio, no sólo en el juicio ordinario, sino también en el ejecutivo; así, artículo 49, párrafo 2.º, de la Ley Cambiaria. A falta de pago, el tenedor, aunque sea el propio librador, tendrá contra el aceptante y su avalista la *acción directa* derivada de la letra de cambio para reclamar sin necesidad de protesto, tanto en la vía ordinaria como en la ejecutiva, lo prescrito en los artículos 58 y 59.

Como ha señalado la doctrina (entre otros, Paz Ares), la acción causal queda en suspenso hasta que el acreedor causal realice el título entregado o alternativamente perjudique el documento, de modo que el interés del deudor en recuperarlo se vea totalmente perjudicado (si existían otros obligados o firmantes del documento). En conclusión, la obligación cambiaria tiene distinta naturaleza:

a) Entre partes de una relación extracambiaria tiene carácter causal: el obligado puede negarse a pagar oponiendo las excepciones que derivan de sus relaciones personales con el tenedor.

b) Frente a terceros tenedores de la letra, es una obligación personalmente abstracta: no puede el obligado oponer ni las excepciones derivadas de las relaciones personales con anteriores tenedores, aunque el actual tenedor tuviera conocimiento de ellas; ni las derivadas de los vicios de la voluntad o emisión involuntaria de la letra (véase, además del autor citado, Vicent Chulía, *Compendio Crítico*, p. 599).

A modo de conclusión elemental, la acción cambiaria directa es la que tiene el tenedor, aunque sea el propio librador, contra el aceptante de la letra y/o avalista. Sólo se puede etablar esta acción por falta de pago del aceptante o su avalista. Asimismo, no es preciso acreditar el impago de letra como tampoco es preciso el requerimiento extrajudicial en plazo.

Entre las partes de una relación extracambiaria (cfr. comprador y vendedor) la obligación cambiaria asumida con la firma de una letra es causal, por lo que el obligado cambiario puede oponer que aún siendo válida su obligación cambiaria, no debe pagar; pero frente a un tercero adquirente de la letra, el obligado cambiario ha de cumplir su obligación. Nada tiene que alegar derivado de las relaciones extracambiarias (véase, *a fortiori*, Vicent Chulía, p. 602). (F.LL.Y.)

59. Sobre reclamación de cantidad. Carácter abstracto del negocio cambiario.—Al tercero que no ha sido parte en el contrato causal, sólo pueden afectarle las excepciones nacidas de éste si hubiere intervenido de alguna forma en el contrato subyacente, aunque fuere de modo encubierto o en connivencia con las partes o confabulado con la libradora, o como testaferro, pero si estos elementos de hecho no se contemplan en la sentencia y su no apreciación aparece inatacada por el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, es indudable que el negocio cambiario tiene para él carácter abstracto.

Lo cierto es que, de no darse los supuestos a que se ha hecho alusión, la letra funciona como título causal en las relaciones del librador con el librado, pero como título abstracto en las demás relaciones que puedan existir entre los distintos firmantes de la letra, y, por supuesto, entre tomador y aceptante, pues el primero no interviene en el contrato subyacente por el simple hecho de ser

letras «a la orden», cual afirma el recurrente, a quien correspondía, en otro caso, la prueba de tal intervención.

La legitimación de los títulos valores a la orden, cual es la letra, viene dada por la posesión del título y la designación en la propia cláusula, haciendo referencia el «valor recibido» al concepto en que el librador se declara reintegrado de su crédito por el tomador, de forma que si el aceptante niega esa aparente realidad, tiene que probarlo. (STS de 4 de febrero de 1988, no ha lugar al recurso.)

HECHOS.—Por el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, tomadora de nueve letras de cambio, libradas por «C., S.A.», contra don X, se interpuso demanda de juicio declarativo de mayor cuantía para su cobro del aceptante, quien al tiempo del protesto había puesto tacha de falsedad a la aceptación y posteriormente, en diligencias preparatorias, había negado la deuda, reconoció la aceptación en el pleito el señor X opuso excepciones de pago parcial y compensación, que fueron desestimadas tanto por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Jaén, como, ya en apelación, por la Audiencia Territorial de Granada, confirmatoria de la de aquel órgano unipersonal, contra la que se plantea el presente recurso de casación, interpuesto por don X, sin que el Tribunal Supremo casara la sentencia dictada por la Audiencia Territorial, y, por tanto, se concluye en que no ha lugar al recurso.

NOTA.—En base a esa relación subyacente, la doctrina ha distinguido entre:

a) Documentos causales: que son los documentos en los que se expresa la razón por la que el deudor firma, es decir, se hace mención al contrato causal.

b) Documentos abstractos: serían títulos valores donde no se hace mención al contrato causal.

Naturalmente, las diferencias en cuanto al régimen aplicable, entre otras, serían las siguientes:

—En los documentos causales, el régimen aplicable a la obligación del deudor es el régimen del contrato subyacente.

—En los documentos abstractos, el régimen aplicable a la obligación del deudor es el régimen del título valor correspondiente.

En cuanto a las excepciones oponibles por el firmante:

—Es obvio que en cuanto al título valor «causal», se puede alegar razones derivadas del contrato causal.

—Pero en lo que respecta a los títulos valores abstractos, el firmante no puede negarse a pagar alegando razones derivadas del contrato causal. Es evidente, por tanto, que en el título abstracto no se indica ni explica por qué firman las partes ni por qué una vez firmada por el librado está obligado al pago y no puede negarse a pagar en base a excepciones derivadas del negocio causal entre el librado y librador.

Como ha recalcado la doctrina, son declaraciones que producen una abstracción procesal entre partes (inversión de la carga de la prueba, es el obligado quien deberá oponer y probar las excepciones al pago) y abstracción material en relación con terceros tenedores que no hayan incurrido en dolo al adquirir la letra (arts. 20 y 22.2 LC). (F.LL.Y.)

III. DERECHO PROCESAL

60. Competencia de la jurisdicción ordinaria. Carácter residual.—Esta Sala ha declarado con reiteración que es competencia de la jurisdicción ordinaria y no de la laboral las cuestiones que no estén nítidamente atribuidas a ésta, y aunque hoy día, a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pueda resultar un tanto dudoso seguir hablando de la «vis atractiva» de la jurisdicción civil frente a las demás, es lo cierto que cuando no resulte clara la atribución del conocimiento del asunto, el orden jurisdiccional civil funcionará y seguirá funcionando en todo caso como residual, según el fundamental número 2 del ya citado artículo 9 de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial, entendiéndose dicho orden también de aquellas materias que no estén atribuidas de modo inequívoco a otro orden jurisdiccional, además de resolver sobre aquellas que le son propias. (STS de 10 de mayo de 1988, no ha lugar.)

61. Principio procesal de congruencia.—Supone una relación de conformidad o concordancia entre las pretensiones oportunamente deducidas en las súplicas de los escritos fundamentales retores del proceso, siguiendo la orientación de que *sentencia debe esse conformis libello*, de tal manera que, como ponen de manifiesto las sentencias de 7 de enero y 3 de noviembre de 1982 y 29 de junio y 3 de octubre de 1983, hay que entenderlo poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia, puesto que el invocado artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil solamente requiere para su efectividad que entre la parte dispositiva de la correspondiente resolución judicial y las pretensiones deducidas oportunamente por los litigantes durante la fase expositiva del pleito exista la máxima concordancia y correlatividad, tanto en lo que afecta a los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídico-procesal, como en lo que atañe a la acción que se hubiese ejercitado, sin que sea lícito al juzgador modificar ni alterar la causa de pedir ni sustituir las cuestiones debatidas por otras, como ponen de manifiesto las sentencias de 23 de enero de 1970, 16 de junio de 1976 y 28 de enero de 1982.

A efectos de congruencia, es de tener en cuenta que el recurso de casación sólo procede contra el fallo y no contra los considerandos, como indican las sentencias de 16 de febrero de 1961 y 13 de octubre de 1983.

Error en la apreciación de la prueba.—No tienen las pruebas periciales el carácter de documento a efecto de posibilitar error en la apreciación de la prueba determinante de casación, según reiterada doctrina jurisprudencial, de la que son claro exponente, entre otras y como más recientes, las sentencias de 6 de febrero de 1984 y 9 de febrero, 21 de abril, 17 de julio, 3 de noviembre y 17 de diciembre de 1987, toda vez que es un medio probatorio de acuerdo con las normas de la sana crítica y en consecuencia de valoración libre en la instancia, de conformidad con lo prevenido en el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 1.243 del Código civil.

Doctrina de los actos propios.—La invocación de la doctrina de los actos propios no tiene su cauce adecuado en el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en que pretenden ampararse los recurrentes, sino en el número 5 del mismo precepto, y aparte, en todo caso, como proclaman las sen-

tencias de esta Sala de 12 de febrero y 21 de diciembre de 1984, 15 de febrero y 19 de noviembre de 1985 y 24 de febrero de 1986, para estimar vinculante el acto propio se requiere que sea jurídicamente eficaz, así como concluyente e indubitado, de tal forma que defina de modo inalterable e inequívoco la situación del que lo realiza, y que con carácter trascendente, o constituir convención, venga orientado a crear, modificar o extinguir una relación jurídica. (STS de 22 de septiembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Declara el Juzgado de Primera Instancia haber lugar a la acción reivindicatoria en cuya virtud la actora pretendía el derribo de una habitación construida sobre un piso de su propiedad. Apelada la sentencia, es confirmada por la Audiencia Territorial. Recurren en casación los demandados y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R.G.S.)

62. Alegación de cuestión nueva en casación.—La invocación de una cuestión nueva es inaceptable en un recurso extraordinario como el de casación, pues significaría resolver sobre aspectos desconocidos para la parte contraria, privándola de articular prueba al respecto y situándola en indefensión, contraria al tenor literal del artículo 24 de la Constitución Española (SS. de 28 de enero, 24 de febrero, 10 de marzo, 16 y 30 de mayo, 12 de julio, 22 de octubre y 27 de noviembre, por citar sólo las del año 1986). Contrato simulado. Eficacia de la intervención de fedatario público en materia de contratos la causa que nominalmente expresa, por responder a otra finalidad jurídica, siendo intrascendente que el otorgamiento de los instrumentos se haya llevado a cabo ante fedatario público, porque su eficacia en materia de contratos no alcanza a la veracidad intrínseca de las manifestaciones de los contratantes, ni a la intención o propósito que oculten o disimulen, ya que ello escapa a la apreciación de dichos fedatarios; y la simulación, la existencia o inexistencia de causa e incluso del consentimiento, son cuestiones de hecho reservadas al juzgador de instancia (SS. de 3 de junio de 1968, 17 de noviembre de 1983 y 14 de febrero de 1985). (STS de 1 de julio de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia la actora pretendió se declarase la nulidad de sendos contratos por los que su marido había transmitido a sus hijos un considerable número de acciones de una Sociedad Anónima y vendido una gasolinera, respectivamente. Accede el Juzgado a lo pedido y la Audiencia Territorial confirma en todos sus extremos la sentencia de instancia concluyendo la existencia de donaciones encubiertas que tampoco podían valer como tales por no haber sido objeto de alegación y por incumplir los requisitos de los artículos 632 y 633 del Código civil. En el único motivo de casación achacan los recurrentes a la sentencia combatida interpretación errónea de los artículos 1.445 y 1.450 del Código civil. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (R.G.S.)

63. Litisconsorcio pasivo necesario.—No se ha tenido en cuenta en la instancia de apelación el que deriva del artículo 1.539 de la UEC, al decir que las tercerías «se sustanciarán con el ejecutante y el ejecutado», de modo que la tercera de dominio ha de dirigirse simultáneamente frente a ambos, sin que el desisti-

miento de uno impida que la sentencia que recaiga afecte al otro, precisamente por efecto de aquel litisconsorcio que se ha de estimar incluso de oficio, máxime cuando en este caso lo declara expresamente la Ley.

Carácter reivindicativo de la tercería de dominio.—Carácter, que, sin olvidar sus diferencias con la acción reivindicatoria propiamente dicha, se basa indudablemente en el dominio de los bienes embargados al deudor, finalidad que se frustraría y quedaría a su merced del ejecutante con sólo desistir éste de su ejecución, con lo que un acto meramente procesal produciría unos desmedidos efectos sustantivos.

Límites del desistimiento del ejecutante. Renuncia de derechos. Fraude de Ley.—El desistimiento operado, sólo referido al procedimiento sin renunciar a la acción, al implicar una renuncia de derechos ha de sujetarse a lo dispuesto en el artículo 6.2 del Código civil, cuyos límites rebasan en cuanto no cabe duda que la pretendida renuncia en forma de desistimiento va en perjuicio de tercero, cual es el tercerista, y en tal concepto está prohibida por el citado precepto legal.

Aun prescindiendo de toda confabulación entre ejecutantes y ejecutado para el desistimiento del primero en el juicio ejecutivo iniciado, es evidente que la consecuencia de tal acto procesal implica un fraude a la normativa de los artículos 1.532 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, amparándose en la Ley de cobertura que en este caso representa el artículo 1.255 del Código civil, a cuyo amparo y como acto unilateral se operó el desistimiento del ejecutante, acto que contraría la finalidad práctica de la Ley defraudada, suponiendo su violación efectiva, a lo que no alcanza la Ley de cobertura citada, por no constituir el supuesto normal. (STS de 20 de mayo de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—F.S.P. interpuso demanda de juicio ejecutivo contra S.R.F., en cuyo procedimiento se embargaron cerdos por un valor de varios millones de pesetas como de propiedad del ejecutado. «Pensos del Oeste, S.A.», interpuso demanda de tercería de dominio. Iniciado el proceso se recibió escrito de F.S.P., ejecutante, desistiendo del ejecutivo mas sin que ello implicase renuncia a la deuda cuya acción se reservaba para ejecutarla en otro juicio. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda de tercería de dominio declarando la propiedad de los cerdos a favor de la demandante y dejando sin efecto el embargo. La Audiencia Territorial revocó la sentencia del Juzgado entendiendo que al haber mediado desistimiento del demandado ejecutante el asunto principal del que nacía la acción de tercería «ya no existe» por lo que no podía continuar el incidente al carecer el proceso de objeto y quedar vacía de contenido la correspondiente pretensión. El recurso de casación prosperó. (R.G.S.)

64. Recurso extraordinario de revisión. Maquinación fraudulenta.—Para que proceda el recurso extraordinario de revisión en virtud de maquinación fraudulenta, la misma habrá de deducirse de hechos ajenos al pleito y ocurridos fuera del mismo, pero no a los alegados y discutidos en él. (STS de 6 de mayo de 1988, no ha lugar.)

65. Funcionamiento de los órganos sindicales.—Los disidentes órganos sindicales aquí en liza, esto es, el Secretariado Nacional Federal de la Federación de

Sindicatos de Canarias y la Comisión Gestora de la Federación de Sindicatos Obreros de Canarias, pretenden, aquél como demandante y ésta como coadyuvante de los trabajadores personalmente demandados, ser los órganos de representación, gobierno y administración; concurriendo el expresivo dato de que los trabajadores demandados *iure proprio* en el juicio de que el presente recurso dimana, son justamente quienes componen este segundo órgano que a su vez mantiene la expulsión del Sindicato de todos los trabajadores que forman el primero. El examen de las actuaciones desprende, en efecto, la existencia de una entidad sindical constituida en el año 1977 al amparo de la Ley de Libertad Sindical 19/1977, de 1 de abril, y Real Decreto 873/1977, de 22 de abril; entidad regida por los Estatutos de 14 de febrero de 1979, que sustituyen a otros. Este ente no funcionó con regularidad, ya que no existen o no se han aportado antecedentes documentales que mínimamente lo demuestren. No existen libros de actas anteriores a 1982, fecha en que aparecía en blanco aquel en que se extiende el acta de constitución de la comisión gestora formada el 25 de mayo de dicho año, legalizándose al siguiente día 26. Goza, sin embargo, de personalidad jurídica con arreglo a la disposición final primera de la Ley.

Demanda de protección jurisdiccional de los derechos de la persona.—La demanda de protección jurisdiccional de los derechos de la persona delimita con sus concretas pretensiones el ámbito de la decisión judicial. La respuesta de la Jurisdicción a la demanda de protección debe ser exhaustiva; pero debe detenerse en los límites de las pretensiones, ya que la suerte de incongruencia que significaría dar cosa distinta de la pedida incidiría justamente con la esfera de la libertad sindical, sustituyendo la actividad sindical que únicamente a los trabajadores pertenece. En el caso, por consiguiente, no cae dentro de la competencia de la Jurisdicción, sino resolver si aquellas pretensiones se ajustan a derecho; por tanto, aquí y ahora, si existen méritos para condenar a los trabajadores demandados a abstenerse de las actividades sindicales a que se hace referencia en la demanda e imponerles las obligaciones que se expresan en la misma de disolver su Comisión Gestora y difundir por medios públicos y privados, los mismos que utilizaron para dar a conocer su existencia, haber efectuado la disolución. Tales pronunciamientos no pueden emitirse sin el antecedente de la demostración del órgano social desde el cual se trata de ejercer la representación, gobierno y administración del Sindicato, esto es del Secretariado Nacional Federal de la Federación de Sindicatos de Canarias. (STS de 7 de mayo de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—En representación de Federación de Sindicatos Obreros de Canarias, en anagrama SOC, se formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria número 2 demanda de Proceso Especial contra varias personas como miembros de la Comisión Gestora del SOC, personándose sólo algunos de ellos y siendo también parte el Ministerio Fiscal. La demanda se basaba en los siguientes hechos: Primero. Los demandantes hicieron patente rechazo a la línea sindical aprobada por el Congreso Insular de la Federación de Sindicatos Obreros de Canarias (SOC), celebrado el día 1 de abril de 1982, transgrediendo reiteradamente los acuerdos adoptados. Segundo. El Sindicato se vio en la necesidad de proceder a la expulsión de los demandados. Tercero. Que los demandados se han arrogado de manera ilegal la representatividad de

la Federación, atribuyéndose competencias del Secretariado Nacional Federal, causando perjuicios a la misma. Cuarto. La labor disgregadora de los demandados tiene antecedentes anteriores al congreso insular.

El Juez de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria desestimó la demanda interpuesta en nombre y representación de la Federación de Sindicatos Obreros de Canarias (SOC) por concurrir la excepción de procedimiento inadecuado, sin entrar en el fondo del asunto, y declaró absueltos a los demandados. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia estimando el recurso interpuesto contra la Sentencia apelada, y entrando a resolver sobre el fondo del asunto, debemos aclarar y declaramos no haber lugar a la demanda interpuesta por la Federación de Sindicatos Obreros de Canarias (SOC) contra varias personas. (J.A.C.G.)