

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Colaboran: Esther ALGARRA PRATS
Javier BARCELÓ DOMÉNECH
Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Gabriel GARCÍA CANTERO
Inmaculada HERBOAS MARTÍNEZ
Carmen JEREZ DELGADO
Oscar MONJE
Juan Antonio MORENO MARTÍNEZ
Áurea RAMOS MAESTRE
Lis SAN MIGUEL PRADERA
Isabel SIERRA PÉREZ

1. DERECHO CIVIL

2. DERECHO DE LA PERSONA

1. Defensa del derecho fundamental al honor: Inmanencia y trascendencia del concepto de honor. Carácter irrenunciable e indisponible del derecho: Posibilidad de dejación de algunas de sus facultades mediante pacto. Protección extrajudicial.—El derecho al honor se encuentra integrado por dos aspectos directamente relacionados, el de la inmanencia, representado por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de la trascendencia, integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad.

Si bien el art. 1.3 dice que el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar es irrenunciable, inalienable e imprescriptible, siendo nula la renuncia a la protección prevista en la Ley, lo que se resume en la indisponibilidad, resulta obligado distinguir entre el derecho en sí, que realmente es indisponible, y los diferentes aspectos o manifestaciones del mismo, que pueden ser objeto de disposición y por eso contempla la ley la posibilidad del consentimiento, del cual la renuncia es una variante, pero en modo

alguno se prohíbe que la protección en los casos en que hubiere intromisión pueda dispensarse extrajudicialmente, ni que la realidad de esa protección se manifieste por actos concluyentes que demuestren de forma clara e indubitada la voluntad tácita de admitirla, lo que impediría volver a demandar por vía judicial la protección ya dispensada fuera del proceso. (STS de 1 de julio de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El actor desempeñaba el cargo de director-gerente de una empresa, siendo poco cordiales sus relaciones personales y profesionales con el presidente y consejero delegado de la misma, demandado en esta *litis*, y ante la disparidad de criterios sobre las directrices y órdenes de la empresa, el presidente destituyó al actor, ofreciéndole la alternativa de poder continuar como técnico, lo que éste no aceptó; igualmente, se negó a abandonar el edificio de la empresa hasta que no dispusiera de sus documentos, por lo cual, el demandado solicitó auxilio policial, siendo el actor desalojado por la policía. El actor formuló querrela contra el demandado por el delito de coacciones, respecto a lo acontecido en las dependencias de la empresa, si bien compareció manifestando el desistimiento, al considerar que nunca existió por parte del demandado ánimo de agravarle ni coaccionarle. Posteriormente, ambos llegaron a una transacción y compromiso de sus desavenencias, en la cual la empresa reconocía al actor sus méritos personales y profesionales y éste aceptaba su cese y percibía la cantidad de 22.000.000 de pts. por todos los conceptos. Tras los relatados hechos, el actor formuló demanda sobre derecho fundamental al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, solicitando que se condene al demandado al pago de una cantidad con su correspondiente interés legal, y a sufragar los gastos de la difusión de la sentencia.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. No prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

2. Protección jurisdiccional del derecho a la propia imagen: Concepto de imagen. Información gráfica accesoria: Relación de la imagen con el contenido de la información escrita. Interés histórico, científico o cultural: No deriva necesariamente del carácter puramente divulgativo y gratuito del medio.—La sentencia de 11 de abril de 1987, seguida por las de 29 de marzo y 9 de mayo de 1988 y 9 de febrero de 1989, define la imagen «como la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, entendiéndose por aquélla a los efectos de protección civil por la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y, en sentido jurídico, que es la facultad del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad», y, en este

sentido, el art. 7.5 de la citada Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 considera como intromisión ilegítima en este derecho fundamental «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art. 8.2».

Al establecer el art. 8.2.c) que el derecho a la propia imagen no impedirá que «la información gráfica sobre persona determinada aparezca como meramente accesorio», se está refiriendo a aquellos casos en que la información periodística se realiza por medio de fotografías en que se plasma un suceso o acontecimiento o en que el texto escrito va ilustrado con fotografías del evento objeto de la información, no a aquellos casos en que la fotografía publicada no guarda ninguna relación con el contenido de la información escrita, por lo que si bien puede afirmarse que la reproducción de la fotografía resultaba innecesaria al fin pretendido con la información publicada, no puede decirse que la misma tenga un carácter accesorio, accesoriedad que en la Ley hace referencia a lo que es objeto principal de la noticia o reportaje gráfico.

El art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, establece que «no se reputarán con carácter general, intromisiones ilegítimas (...) cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante»; pero el hecho de que una publicación tenga por objeto la información educativa y que carezca de toda finalidad crematística o económica, no implica que todos los trabajos o artículos en ella publicados tengan ese «interés cultural relevante» a que se refiere el artículo 8.1 de la repetida Ley Orgánica. (STS de 19 de octubre de 1992, no ha lugar).

HECHOS.—Debido a la publicación de la fotografía de un menor en el momento de recibir un tratamiento médico, obtenida y publicada sin el consentimiento de los padres, y sin relación directa con el contenido del artículo, la actora, en nombre y representación del menor, interpuso demanda contra la publicación periódica del organismo autónomo, en la persona del Presidente del Gobierno autonómico, extensible al Consejero de Educación y al director y editor del periódico, solicitando indemnización por los daños morales, así como difusión de la sentencia.

El Juez de Primera Instancia desestimó plenamente la demanda; la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación. No prospera el recurso de casación. (E.A.P.).

3. Derecho a la inviolabilidad del domicilio. Concepto de domicilio constitucional.—A los conceptos de «domicilio» establecidos por el legislador como son el legal, el electivo, el real y el habitual ha de agregarse, el que bien pudiera calificarse de «domicilio constitucional» en cuanto elaborado por el Tribunal Constitucional con base en el derecho fundamental

de su inviolabilidad que aparece plasmado en el art. 18.2 CE, el cual, cuando se contempla desde el punto de vista de la persona física, «tiene como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada y familiar» (S. de 26 de noviembre de 1984), razón por la cual lo protegido a través de este derecho es, más que el mero o estricto espacio físico considerado, lo que en él hay de emanación de la persona (S. de 17 de febrero de 1984).

En este sentido, la sentencia declara que «tanto la doctrina científica constitucionalista como la emanada del Tribunal Constitucional vienen señalando como requisitos tipificadores del domicilio protegido por el texto constitucional, además de la existencia de un espacio cerrado que el mismo venga destinado al desenvolvimiento de la vida privada y en su caso familiar de la persona a quien pertenece». (STS de 30 de diciembre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Ante el grave estado de desperfecto en que se encontraba un inmueble, situación que fue denunciada por alguno de sus vecinos, la Gerencia Municipal de Urbanismo del Excmo. Ayuntamiento de Madrid acordó como culminación de un expediente administrativo, la realización de determinadas obras conminando a la propiedad a que la realizara y como no lo hiciera, acordó que se llevaran a efecto por la Sociedad con la que tenía concertados los servicios de apeos y derribos, que fue la que finalmente realizó la obra, entrando para ello en un piso que siendo propiedad del demandante se encontraba en situación de abandono.

En la demanda se reclaman la cantidad de quince millones de pesetas al Excmo. Ayuntamiento de Madrid y a la citada Sociedad por entender que se había vulnerado el derecho a la inviolabilidad del domicilio consagrado por la CE. Desestima el juzgado la demanda y la Audiencia la apelación. No ha lugar al recurso de casación. (O.M.B.).

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

4. Simulación.—Existe simulación absoluta cuando se crea una apariencia de negocio jurídico sin querer crearlo, sin pretender negocio alguno. La simulación es relativa cuando no se quiere el negocio aparente, pero sí otro que subyace y que se pretende ocultar.

La existencia o inexistencia de causa y su simulación son cuestiones de hecho que han de apreciarse por el Tribunal de instancia.

Los intervinientes en un negocio jurídico, tanto si está afectado de simulación absoluta como de simulación relativa, pueden pedir que se declare su inexistencia, pues de esta forma se hace prevaler la verdad, pero en el segundo supuesto no están legitimados para demandarse entre sí ni deman-

dar la nulidad del negocio simulado, pues fue realmente querido e implicaría ir contra los propios actos.

Respecto a la prescripción o caducidad, mientras que para la nulidad relativa rige el plazo de cuatro años, para la absoluta no hay plazo, ya que es imprescriptible. Aunque sea necesaria una sentencia declarativa de la nulidad absoluta, sus efectos no se producen desde la declaración, sino *ex tunc* y *erga omnes*, aunque haya que proteger a terceros de buena fe. (STS de la Sala 1.ª de 23 de octubre de 1992).

HECHOS.—Los litigantes estaban casados en régimen de gananciales. En tal situación fallece la madre del demandante y a consecuencia del reparto de la herencia le es adjudicada una finca de labranza indivisible, por lo cual ha de abonar a otros herederos una cantidad de dinero, de la que entrega una parte y el resto se aplaza. Una vez cancelada la deuda se otorga escritura de partición de la herencia. Posteriormente el matrimonio otorga capitulaciones matrimoniales sometiéndose al régimen de absoluta participación de bienes, partiéndose el único bien ganancial existente, una cartilla de ahorro con 250.000 pesetas. En la misma fecha (7 de mayo de 1981) y ante el mismo notario, el marido vendió la mitad indivisa de la finca heredada de su madre, por precio de 200.000 pesetas que confiesa haber recibido con antelación. El 8 de abril de 1986 el marido presenta demanda de solicitud de declaración de nulidad de la compraventa otorgada a su esposa, por simulación total por falta de precio. Esta se opondrá alegando la falta de acción del actor si se considera que existe simulación absoluta, o en caso de que se considere que la simulación es relativa, la prescripción de la acción. (I.S.P.).

5. **Simulación.**—No menos afortunada es la pretensión de querer convertir al contrato de compraventa en una donación ahora, en este trámite casacional, originando una cuestión nueva que no puede ser acogida porque crearía indefensión a la parte recurrida, ya que en el período expositivo del pleito la defensa del hoy recurrente consistió en afirmar reiteradamente que se trataba de una venta real. No hubo ni asomo de la tesis que ahora contradictoriamente se mantiene, que en sí misma, aparte de las anteriores consideraciones, es insostenible. En efecto, no se ha probado en el pleito que existiera *animus donandi* de la presunta vendedora, que es el ánimo de querer enriquecer sin ninguna contraprestación al donatario (aquí los presuntos compradores), pues hay que desechar la infundada tesis de que una compraventa simulada sea siempre un negocio jurídico que encubre donación por el simple hecho de la simulación con la que se hace, ya que el *animus donandi* no se presume; y no existe el cumplimiento del específico requisito de forma del art. 633 del Código civil al no existir escritura pública de donación, que es lo que en realidad ordena, siendo así que tal

forma es de naturaleza constitutiva del negocio por la importancia que reviste para el propio donante y terceros interesados (acreedores, legitimarios, etcétera), que no consienten que se suplante mediante otra escritura pública, sí, pero conteniendo un diverso y opuesto negocio como es la compraventa de mucha menor gravedad para aquéllos. (STS de 20 de octubre de 1992; no ha lugar).

6. *Datio pro soluto* y *Datio pro solvendo*: Doctrina general sobre su distinción.—Es doctrina reiterada de esta Sala (SS. de 14-9-1987, 4-10 y 15-12-1989 y 29-4-1991), y ampliamente expuesta en la S. de 13-2-1989, que establece que la *datio pro soluto*, significativa de adjudicación del pago de las deudas, si bien no tiene una específica definición en el derecho sustantivo civil, aunque sí en el ámbito fiscal, es un acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa, dado que bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta (así S. de 7-12-1985), ya se configure como novación o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa al carecer de reglas específicas; la *datio pro solvendo*, que tiene específica regulación en el art. 1.175 Cc., se configura como negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido al pago de las deudas contraídas por el cedente, sin extinción del crédito en su totalidad, pues que, salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndolo del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en adjudicación, toda vez que ésta sólo libra de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos (art. 1.175 Cc.) no generando, en consecuencia, el alcance de efectiva compraventa.

Tercería de dominio: Prueba del dominio: Momento de la adquisición de la propiedad por *datio in solutum*: Tradición instrumental por analogía.—Constituye requisito indispensable de toda tercería de dominio que el demandante pruebe cumplidamente la propiedad de los bienes objeto de la misma antes de la fecha en que se llevó a cabo el embargo; adquirida la propiedad mediante *datio pro soluto*, teniendo en cuenta el sistema del título y modo de los arts. 609 y 1.095 Cc. hay que entender que conforme a la S. de 13 de febrero de 1989 referente a la tradición del suspenso a sus acreedores de los bienes cedidos, aquélla no se produce por la efectividad del Convenio, sino por su aprobación por la autoridad judicial, que le confiere aspecto documentado transmisivo a los efectos de tradición o entrega, por aplicación analógica del art. 1.462 Cc., ya que el auto judicial aprobatorio del Convenio dictado en el expediente de suspensión de pagos es el instrumento público en que se consigna el negocio jurídico de la *datio in solutum*.

Embargo en expediente de apremio por deudas a Hacienda Pública.—No procede la tercería porque la adquisición de bienes por los terceristas fue posterior al embargo de los mismos por la Administración Fiscal. (STS de 19 de octubre de 1992; ha lugar).

NOTA.—El supuesto aquí contemplado nos traslada a los ejemplos didácticos con que suele ilustrarse el principio de prioridad, porque el primer mandamiento de embargo sobre las fincas objeto de la tercería se presentó en el Registro la víspera del auto aprobatorio del convenio. Es correcta, por lo demás, la calificación de tradición instrumental por analogía del auto aprobatorio del convenio del suspenso con los acreedores. (G.G.C.).

7. La buena fe.—Es doctrina reiterada que la buena fe es una cuestión de hecho apreciable en instancia, pero también un concepto jurídico. Partiendo de unos hechos acreditados y apreciándolos en su integridad hay que hacer de ellos una valoración jurídica.

La buena fe es por tanto una *máxima de experiencia*, que como cuestión de hecho es apreciable por el Tribunal de instancia y cuya apreciación ha de prevalecer mientras no resulte ilógica.

Consignación.—La consignación equivale al pago por lo cual ha de cumplir los requisitos de éste. No puede compelerse al acreedor a aceptar un pago parcial, por consiguiente la consignación de una parte de la deuda no produce efectos liberatorios por la parte depositada ni tampoco por los intereses correspondientes a ella. (STS de la Sala 1.ª de 22 de octubre de 1991).

HECHOS.—Debido a error, la compañía aseguradora paga dos veces el mismo finiquito a un asegurado, que acepta el doble pago. Demandado por la compañía para su devolución, en el acto de conciliación accede a pagar una cantidad inferior a la percibida alegando una compensación, como no le es aceptada procede a su consignación.

La compañía aseguradora presenta demanda por la que se pide la devolución de la cantidad indebidamente pagada con los intereses desde la fecha en que se produjo el segundo pago, por entender que su admisión prueba por sí sola la mala fe.

La sentencia de instancia estima en todo la demanda. La de apelación la revoca en la parte relativa a los intereses que entiende deben ser, de la cantidad consignada por el período desde el acto de conciliación a la consignación y de la parte no consignada desde el acto de conciliación hasta su efectivo cobro. En el recurso de casación se revoca la sentencia de la Audiencia y se confirma en todo la de primera instancia. (I.S.P.).

8. Valoración de la prueba (documento privado); distinción con la interpretación del contrato.— (...) se hace referencia a «interpretación» de la prueba cuando, en rigor, el material probatorio de los autos es susceptible de «apreciación» o «valoración» con el fin de fijar los hechos en que haya de basarse la sentencia, pero no es correcto entender que la prueba se interprete, y el artículo 1.225, que se cita como infringido, regula el valor probatorio de los documentos privados, pero no la interpretación de los contratos. El recurrente desplaza el valor probatorio del documento suscrito por él mismo y los demandados a si los efectos del contrato se extienden a quien éste considera causahabientes de los demandados.

El principio de la relatividad del contrato: los causahabientes a título particular.— (...) el artículo 1.257-1 del Código civil establece la regla general según la cual «los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos» y, si bien es cierto que los causahabientes a título particular, por vía de cesión del contrato, pueden verse afectados, lo que no puede admitirse es que, en ausencia de tal cesión como sucede en el presente caso, incumplida por los compradores parcialmente su obligación de pagar el precio del solar transmitido, sucesivos propietarios de éste o de los pisos y garajes que, según el contrato, deberían ser entregados al vendedor como parte del precio, se vean obligados a cumplir tal contraprestación, pues ello violaría los «límites personales del contrato» sancionados en el artículo 1.257 (S. de 12 de abril de 1989), quiere decirse que la obligación de pagar el precio sólo se establece a cargo de los compradores y, en su caso, de sus herederos, pero no de los sucesivos adquirentes de la cosa vendida ni menos aún de los dueños de los pisos y garajes a cuya entrega se obligaron personalmente aquéllos sin constituir garantía real alguna, sin que, por otra parte, pueda invocarse con éxito, en este caso, el principio *nemo plus iuris transfere potest, quam ipse habet*, dado que los demandados adquirieron el solar sin limitación alguna (...). (STS de 5 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Por medio de juicio declarativo de mayor cuantía núm. 894/1981 y juicio declarativo de menor cuantía núm. 647/1985 acumulado al anterior, el actor reclama a los demandados el precio pendiente de pago de un contrato de compraventa privado. El Juzgado dictó sentencia estimando en parte la demanda presentada. La Audiencia Provincial de Bilbao, desestimando el recurso de apelación, confirmó íntegramente la resolución recurrida. El Tribunal Supremo desestimó la totalidad de los motivos del recurso de casación. (A.R.M.).

9. Preferencia de créditos.—Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo (SSTS de 3 de noviembre de 1989; 9 de julio de 1990, 20 de septiembre de 1991) y contraria a la mantenida en algún caso anterior (S. de 15 de marzo de 1988) la que estima que, a efectos de la aplicación del

artículo 1.924.3 Cc., la fecha determinante de la preferencia de un crédito no privilegiado frente a otro de igual condición, cuando ambos figuran en escritura pública o póliza equiparable a la misma, es aquella en que quedó determinada la cantidad exigible. (STS de 29 de octubre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—Cierta entidad bancaria interpuso demanda de tercería de mejor derecho en proceso ejecutivo de embargo iniciado por otra entidad de crédito, solicitando se declarase la preferencia del embargo procedente a instancia suya. La tercerista era acreedora en base a una póliza de préstamo con garantía personal, mientras que el título de la codemandada ejecutante era una póliza de crédito personal en cuenta corriente. En Primera Instancia se estimó la demanda. La Audiencia confirmó la anterior. (C.J.D.).

10. Contrato de compraventa de acciones. Resolución. Requisitos.—Esta Sala ha venido tradicionalmente exigiendo como requisito necesario para la aplicación del mecanismo resolutorio de las obligaciones sinalagmáticas contenido en el art. 1.124 del Código civil, una voluntad deliberadamente rebelde por parte del incumplidor consistente, bien en la ejecución por su parte de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento, o bien en una verdadera omisión de su prestación que no implique un mero retraso o demora en el pago, sino dejar de cumplir su obligación indefinidamente. No obstante, la anterior postura doctrinal ha sido objeto de algunas matizaciones, principalmente de expresión, siendo fijada en sentido de exigir que el resultado consistente en el incumplimiento por parte de uno de los contratantes de las obligaciones que le incumben sea grave y le sea imputable al mismo, habiéndose producido como consecuencia de una conducta obstativa del mismo que, de un modo indiscutible origine, actividad que puede ser, en su caso, omisiva, y que puede consistir en una prolongada pasividad del deudor frente a los requerimientos de la otra parte contratante. (STS de 30 de marzo de 1992; ha lugar).

HECHOS.—Se interpuso demanda sobre resolución de un contrato de compraventa de acciones. En la contestación a la demanda la parte demandada formuló reconvencción, en solicitud de declaración del precio que pagaron por la compra. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, decretando la resolución del contrato de compraventa, así como parcialmente la reconvencción de la parte demandada, en el sentido de declarar que el precio pagado por los actores reconconvencionales fue de cinco millones de pesetas. Interpuesto recurso por ambas partes la Audiencia Provincial confirmó la resolución de Primera Instancia. El Tribunal Supremo estima el recurso interpuesto por la parte demandada, decidiendo casar par-

cialmente la sentencia, en el sentido de desestimar la demanda contra él promovida y confirmarla en los demás extremos. (J.A.M.M.).

11. Suspensión del pago del precio.—Conforme al artículo 1.502 del Código civil, el retraso o la suspensión del pago del precio no tiene carácter de incumplimiento cuando la finca objeto de la compraventa no figure inscrita a nombre del vendedor y conste al comprador que el titular registral no ha recibido la parte del precio ya abonada.

Requerimiento de pago.—El Tribunal Supremo (STS de 11 de octubre de 1982) matiza el alcance del requerimiento de pago establecido en el art. 1.504 del Código civil, en relación con el art. 1.124, señalando que el simple retraso en el abono del precio no puede ser entendido como incumplimiento, si éste obedece a razones o causas que no son imputables al contratante obligado. Además es requisito para el ejercicio de la acción resolutoria que quien la ejercite no haya incumplido las obligaciones que le incumben.

Cláusula penal.—A pesar de haberse estipulado en el contrato el pago de una cantidad, en concepto de penalidad civil, en caso de incumplimiento de pago por parte del comprador, tal cláusula no entra en juego si lo que se produce es una conducta irregular por ambas partes y no puede imputarse el incumplimiento exclusivamente a una de ellas, sino que puede haber un incumplimiento recíproco. (STS de 30 de octubre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Don Jesús Picabea presenta demanda contra don José Mayoz, solicitando la resolución del contrato de compraventa de una finca. Solicita el reintegro del dinero dado como parte del precio y una cantidad de dinero en concepto de penalidad pactada, fundándose en el incumplimiento del vendedor por no otorgar escritura pública. El vendedor alega en reconvenición que el incumplimiento proviene del demandante, que no pagó el precio aplazado. La Primera Instancia declara resuelto el contrato y establece que hay un incumplimiento recíproco. La Audiencia confirma la sentencia. El Tribunal Supremo declara que no ha lugar a casación. (L.S.M.P.).

12. Venta de local por construir: Calificación del contrato: No es venta *spei* sino *rei speratae*: Obligaciones del vendedor.—No es estricta venta de cosa futura o imprecisa, autorizada en el art. 1.271 Cc., sino de cosa futura determinada, ya que se da la existencia de una base material conformada por un solar sobre el que se proyectaba una construcción autorizada, comprensiva del local enajenado, pendiente de su configuración definitiva exterior una vez se llevase a cabo la edificación; es decir, la existencia material del objeto a entregar por el vendedor estaba condicionada a su construcción y en el momento de perfeccionarse el contrato se da como un hecho futuro cierto, y no incierto o posible; no se da aquí una

inexistencia total, a modo de *emptio spei*, sino de la concurrencia de una futuridad prevista, sin condicionalidades convenidas expresamente, pendiente únicamente de su consolidación mediante la efectiva y materializada función constructiva; lo que presupone indudablemente en el vendedor hacer entrega al comprador de lo enajenado, una vez alcance realidad exterior, con el deber de desplegar las actividades necesarias para que dicha existencia se produzca y así dar cumplimiento cabal y preciso al negocio en el que se obligó, que por ello no reviste naturaleza precontractual, ya que el comprador adquirió el local en función de su terminación, pues expresamente se pactó que el último plazo del precio sería efectivo a la entrega del local de referencia, por lo cual cabe concluir que el vendedor asumió los riesgos de que el inmueble enajenado no llegara a tener materialización y disponibilidad para realizar su entrega, ya que en el convenio base no se eximió ni se desvinculó de su obligación de entrega de lo que había enajenado, y cuyo mayor precio ya percibió, si bien se despegó de todo lo atinente a su adecuada terminación.

La Cooperativa constructora es tercero.—Ejercitándose una acción personal de cumplimiento entre comprador y vendedor, la Cooperativa constructora del edificio queda fuera del pleito, aunque el vendedor demandado ostentó la presidencia del Consejo Rector de aquélla, pues no intervino en calidad de tal en el contrato.

Indemnización de daños y perjuicios: Cuantía.—Es doctrina reiterada que las cuestiones relativas a la indemnización de daños y perjuicios son de hecho, correspondiendo su apreciación al Tribunal de instancia, de no impugnarse en casación por error en la apreciación de la prueba, fundado en el núm. 4.º del art. 1.692 LEC, que no se ha hecho en este caso.

Incongruencia.—Se alega incongruencia por no haber resuelto la pretensión de condenar al vendedor a retirar la chimenea de ventilación indebidamente construida en el local objeto de la compraventa; pero se trata de una cuestión que quedó resuelta en los Fundamentos de Derecho, pero que en aras de una más depurada técnica procesal debió tener reflejo en el fallo; pero esta falta de conformidad literal y rígida a lo pedido no se ha acogido por esta Sala como determinativa de incongruencia, en cuanto que concurre congruencia racional, adecuada flexiblemente a las lógicas y naturales consecuencias derivadas del tema planteado, como se deduce de las SS de 23-3-86, 10-5-88, 26-9-89 y 5-10-91. Es congruente la sentencia que absuelve de una de las peticiones contenidas en la alternativa del suplico y condena en la otra alternativa.

Indemnización por menor cabida del local vendido.—El local enajenado debía presentar un frente a la calle de 6,60 metros, más dos metros aproximadamente hacia el frente que da al portal, con una superficie total no superior a los 150 metros cuadrados, y sólo tiene, una vez construido, 5,30 m., 1,35 m. y 129,15 m² respectivamente, atribuyendo la sentencia tales diferencias, en forma exclusiva, al vendedor, sin que pueda perderse de

vista el sentido del contrato de local por construir que se refiere a cosa futura cuya materialización exigía respetar las condiciones convenidas.

Incumplimiento del vendedor.—El actor optó por pedir el cumplimiento del contrato, derecho que le asiste en todo momento pues cumplió con la única obligación que asumió, el abono de todos los plazos del precio pactado, menos el último que debía realizarse a la entrega, mientras que el vendedor no realizó actividad judicial ni extrajudicial dotada de la suficiente entidad positiva y eficacia constatada, para entregar el local a su comprador en la fecha fijada en el contrato, a lo que no equivale la interposición de un interdicto de recobrar la posesión; se da una situación de incumplimiento permanente por el vendedor, a pesar de que éste se comprometiera en acto de conciliación a cumplir lo pactado.

Indemnización de daños y perjuicios: Entrega de cosa no ajustada a los términos convenidos: Cumplimiento por equivalente respecto a las minoraciones superficiales del local entregado.—Procede la indemnización de daños y perjuicios cuando el obligado hubiera contravenido de cualquier modo las obligaciones que en su día voluntariamente contrajo, constituyendo una de las más graves vulneraciones de las obligaciones del vendedor cuando la cosa no se ajusta a los términos de lo convenido, dándose el cumplimiento por equivalencia respecto a las minoraciones superficiales del local vendido (STS de 1 de julio de 1992; no ha lugar).

NOTA.—La circunstancia de que ambas partes recurren en casación, siendo desestimados los dos recursos, produce alguna confusión en las argumentaciones de la sentencia (así ocurre con la acusación de incongruencia que se basa obviamente en distintos argumentos). El TS logra clarificar la discusión que centra en la calificación del contrato que vincula al comprador con uno de los cooperativistas a título particular. Estando el edificio en construcción se conviene la venta de un bajo con determinadas características. Acertadamente se califica el contrato de *emptio rei speratae* lo que modaliza el contenido de las obligaciones del vendedor. Llegado el momento del cumplimiento el local no reúne los requisitos pactados, y el comprador, que había abonado puntualmente los plazos vencidos, opta por el cumplimiento, señalando los Tribunales de instancia la indemnización por un doble concepto, incumplimiento de la obligación y menor cabida de la finca entregada. No se entienden bien las razones del recurso del comprador. (G.G.C.).

13. Compraventa de inmuebles. Resolución.—La estimación del cumplimiento de sus obligaciones por los actores excluye toda posibilidad de resolver el contrato sin necesidad de pronunciamiento expreso sobre tal petición, máxime cuando el art. 1.504 del Código civil, especial supuesto de la regla general del art. 1.124, exige que previamente se haya requerido la resolución judicialmente o por acta notarial que, además, choca frontal-

mente con el hecho, ya inconcluso, de que, por contra, hubo ofrecimiento de pago por vía notarial y anterior intento de verificar el pago por los actores que no les fue aceptado.

Incumplimiento contractual. Daños y perjuicios.—Si es cierto que la jurisprudencia tiene establecido que el incumplimiento contractual no lleva necesariamente aparejados los daños y perjuicios, también ha expresado que tal doctrina no es de aplicación tan absoluta que, en los casos en que de los hechos demostrados o reconocidos por las partes en el pleito se deduzca necesaria y fatalmente la existencia del daño, sea preciso acreditar su realidad además de la de los hechos que inexcusablemente los han causado, aparte de que su existencia o no es cuestión de hecho de la libre apreciación del tribunal de instancia, de tal manera que la afirmación de que los daños y perjuicios no son consecuencia forzosa del incumplimiento, ha de matizarse en el sentido de entender que «no siempre» o de que hay casos en los que sí ocurre. (STS de 15 de junio de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—La parte actora formuló demanda sobre elevación a escritura pública del contrato privado de compraventa de un inmueble celebrado con la parte demandada. En la contestación a la demanda, la parte demandada fundamenta su oposición en la falta de pago del último plazo del precio aplazado del inmueble.

El Juez de Primera Instancia estimó plenamente la demanda dejando sentado que hubo ofrecimiento de pago por los actores a través de acta notarial realizada en forma y sin que por contra ninguna iniciativa existiese para exigirlo o pedir la resolución. La Audiencia Provincial confirmó el fallo. No prospera el recurso de casación. (J.A.M.M.).

14. Compraventa de inmueble. Resolución por falta de pago del precio.—La pérdida de las cantidades entregadas por la parte compradora a cuenta del precio en calidad de indemnización de daños y perjuicios no contradice lo dispuesto en los arts. 1.123 y 1.124 del Código civil.

Recurso de casación. Cuestión nueva.—La afirmación vertida en el motivo constituye cuestión nueva no alegada ni en primera ni en segunda instancia, por lo que no puede admitirse en casación, ya que los motivos han de referirse a lo que en el pleito se haya debatido, exigiéndolo así tanto el principio de preclusión como el de igualdad de las partes en el proceso, ya que de lo contrario quedaría vulnerada la oportunidad procesal de defensa. (STS de 16 de junio de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Se interpuso demanda sobre resolución de contrato de compraventa de bien inmueble fundada en la falta de pago por el demandado de las cantidades que le habían sido aplazadas. La parte demandada se opuso a la demanda, reconviniendo para que se

condenase a la demandante a otorgar escritura pública o subsidiariamente, de darse lugar a la resolución, a que se le devolviese las sumas entregadas e intereses. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial confirmó el fallo. No prospera el recurso de casación. (J.A.M.M.).

15. Venta en exclusiva por tiempo indefinido; duración; extinción por ruptura unilateral de buena fe; daños y perjuicios no probados.—

La jurisprudencia recaída en torno al contrato de venta con exclusiva demuestra que nunca se le puede asignar un carácter de perpetuidad cuando se concierta sin fijación de plazo; ello implica que cuando una de las partes no infringe la equidad ni la buena fe, tenga ésta derecho a rescindir el contrato sin que ello signifique abuso de derecho (SS de 28-5-1986 y 14-2-73); la indemnización de daños y perjuicios sólo procederá cuando se dé por terminado el contrato sin motivo alguno, lo que no acaece cuando no se pacta la fecha en que el contrato deje de producir sus efectos, máxime teniendo en cuenta que en el supuesto discutido estuvo vigente durante un largo lapso de tiempo (SS de 17-12-73, 6-3-78, 21-4-79 y 30-6-87); no hay ruptura indebida cuando se declara probado que los recurrentes habían recibido una propuesta de contrato escrito que no aceptaron y que implicaba la extinción del contrato anterior, a menos que se dejara al arbitrio de aquéllos la subsistencia del mismo contrato, lo que justifica la posición que adoptó la recurrida; la existencia de daños no puede deducirse de que por largo tiempo se celebrasen periódicas ventas de productos en exclusiva de la demandada, lo que no prueba la existencia de un «fondo comercial» aportado por los recurrentes.

Error de hecho.—No puede basarse en las mismas pruebas que ya examinó la Sala de instancia, pretendiendo que la de Casación realice una nueva apreciación de conjunto de la prueba, mencionando en bloque 35 documentos sin poner de relieve cuál o cuáles de ellos atestiguan el error del fallo recurrido, sino que se limita a afirmar que la sentencia de la Audiencia «ha incidido en claros errores en la apreciación de la prueba», olvidando que este recurso extraordinario no es una nueva instancia. (STS de 15 de octubre de 1992; no ha lugar).

NOTA.—Con razón advierte Rivero Hernández, en Lacruz, *Elementos*, II-3, 2.^a ed., pp. 94 y s., que un pacto de exclusiva concebido como ilimitado supone una vinculación y una restricción de la libertad de contratar (y a veces de la individual de uno de los contratantes) contraria a ciertos principios generales de nuestro Derecho de Obligaciones, y corre el riesgo de infringir la legislación protectora de la libertad de mercado y de la concurrencia; entre los límites temporales, y a falta de una norma como el art. 2.559 Cc. ital. de 1942, queda a la discreción de las partes, y en defecto de pacto, las normas generales de la contratación, según las cuales es válido el

contrato que no tenga señalada duración determinada, pero con el derecho de denuncia unilateral, hecha de buena fe y no abusivamente. Doctrina de la que se ha hecho eco la jurisprudencia. En Francia la Ley de 14 de octubre de 1943, limita a diez años la duración de la cláusula de exclusiva (*vide* COLLART DUTILLEUL et DELEBECQUE, *Contracts civils et commerciaux*, París, 1991, pp. 683 y s. y 689 s.). (G.G.C.).

16. Compraventa de viviendas de protección oficial. Precio superior al legal. Validez del contrato con la comunicación al órgano administrativo competente. Improcedencia de la resolución por incumplimiento del comprador. No procede nulidad parcial. Nueva doctrina jurisprudencial.—En virtud del art. 1.445 Cc. la perfección de la venta es consecuencia de una concurrencia de voluntades, la del vendedor y la del comprador, y de una coincidencia entre su objeto y el precio, si bien éste se pactó conculcando disposiciones legales; los arts. 35 y 36 del RD 2960/1976, de 12 de noviembre, aprobatorio del Texto Refundido de la legislación de Viviendas de Protección Oficial, consideran tal hecho como falta muy grave y establecen un régimen de sanciones, lo que comporta el reconocimiento de la validez civil de los contratos celebrados, teniendo aquella infracción carácter administrativo, por lo que no implicaría la nulidad civil de que habla el art. 1.305 Cc., debiendo, además, tenerse en cuenta los arts. 1.255 y 1.256 que preconizan la libertad contractual y la imposibilidad de dejar al arbitrio de uno de los contratantes, la validez y el cumplimiento de los contratos; partiendo de ser válido y eficaz el contrato litigioso en la totalidad de sus estipulaciones, no obstante el señalamiento de precio superior al legal, tampoco procede la resolución a instancia del vendedor al no haber éste cumplido la totalidad de las estipulaciones contractuales desde el momento en que dejó de presentar la cédula de calificación definitiva a la entidad bancaria para que el comprador pudiera obtener crédito, obligación que le correspondía a tenor de una estipulación contractual; tampoco procede la nulidad parcial del contrato, siguiendo la doctrina contenida en la S. de 3 de septiembre de 1992.

Error de hecho.—El Tribunal de instancia ha cometido el error, probado por la prueba documental, de no considerar iniciado el procedimiento de descalificación de la vivienda con anterioridad a la celebración del contrato.

Litispendencia.—No existe por cuanto que la demanda originadora de la presente litis se presentó a reparto con anterioridad a la iniciación del otro procedimiento.

Costas.—En razón a la desestimación de la demanda y reconvencción habría que aplicar el criterio del vencimiento que previene el art. 523 LEC; sin embargo, la complejidad de las cuestiones planteadas y la peculiar postura mantenida por las partes en el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que les incumbían, aconseja no hacer declaración sobre las

causadas en primera instancia, sin que proceda tampoco con las de la apelación, y en casación, al estimarse el recurso, se aplica el art. 1.715-4.º. (STS de 14 de octubre de 1992; ha lugar).

NOTA.—Curiosa la peripecia procesal de la cuestión objeto de esta litis, pues la parte vendedora con sobreprecio insta la resolución por falta de pago, mientras que la compradora reconviene pidiendo se declare la nulidad parcial; en primera instancia se estima la demanda y se desestima la reconvencción, pero en apelación triunfa ésta; al estimarse el recurso de casación resultan insatisfechas ambas pretensiones pues se declara válido el contrato en todas sus cláusulas con la única consecuencia de dar cuenta de la infracción grave (venta con sobreprecio) al competente órgano administrativo.

La doble jurisdicción sobre las viviendas de protección oficial, la pluralidad de regímenes de estas últimas, la diversidad de ópticas con que se enfrentan al tema los Tribunales civiles y los contencioso-administrativos, están produciendo distorsiones graves, recientemente analizadas en este ADC (véase el estudio jurisprudencial de López Fernández, *Reflexión en torno a algunos problemas planteados por la venta con sobreprecio de viviendas de protección oficial*, 1993, pp. 1373 y ss.). Parece llegado el momento de que el legislador aborde el tema en general, y, en particular, el de los arrendamientos (el Anteproyecto de LAU que va a debatirse no parece que lo enfoque adecuadamente), y ello sin olvidar la vigente legislación en materia de protección de consumidores.

En el presente caso las razones para estimar el recurso que contiene el FD 3.º, con base en el error de hecho, son las siguientes: que la sentencia recurrida parte de que se ha obtenido la descalificación de la vivienda, que el acto administrativo de descalificación era posterior a la compraventa, y que el expediente para obtenerla no se había iniciado al tiempo de concertarse la venta. El TS avanza la duda de si el desconocimiento de los compradores se extendía también al carácter de vivienda de protección oficial. Con base en la prueba documental aportada se deduce no sólo que la vivienda tenía tal carácter, sino que el comprador conocía el inicio del expediente descalificador al contratar. Al apreciar *error facti* estima el recurso sin entrar en otros motivos, y sienta la doctrina extractada, de la que cabe dudar resuelva el conflicto de intereses en conflicto.

Tiene razón López Hernández (*loc. cit.*, p. 1382 y s.) al criticar la doctrina de la nulidad parcial coactiva como solución unívoca en la venta con sobreprecio de VPO; probablemente el caso aquí contemplado era de precio de mercado en base a estar concertada la venta con vistas a la descalificación de la vivienda, trámite que se retrasó por culpa administrativa; y si tal declaración se produce con eficacia retroactiva, no hay base para notificar al ente administrativo

la comisión de una posible infracción, porque la descalificación implica el ingreso del piso en el mercado libre.

En todo caso, parece consolidarse ya la doctrina jurisprudencial de la Sala 1.^a que abandona el recurso a la nulidad parcial, tan laboriosamente construido por nuestra doctrina. (G.G.C.).

17. Contrato atípico de «vitalicio»: calificación.—El documento de 6-11-81 contiene la referencia a un traspaso de local de negocio para instalar en él el recurrente un Restaurante y, además, el compromiso del cesionario de dar de comer, en el Restaurante o en su domicilio, a los cedentes del local durante su vida; la Sala de instancia calificó este contrato de «vitalicio», diferenciándolo sustancialmente del contrato de renta vitalicia por entender que no hubo transmisión de la propiedad de bienes muebles o inmuebles a cambio de la pensión, y como tal calificación no puede tildarse de ilógica o contraria a las normas, ha de mantenerse por este Tribunal.

Naturaleza jurídica y Régimen jurídico.—Tratándose de un contrato atípico, carente en absoluto de normativa específica, debe tenerse en cuenta que su naturaleza es unilateral, pues sólo contiene obligaciones para el demandado que se comprometió a alimentar, no siéndole aplicable la facultad resolutoria del art. 1.124 Cc. y el incumplimiento no puede dar lugar más que a exigir el cumplimiento; puede afirmarse su carácter en parte oneroso, porque aun siendo independiente del traspaso del local de negocio, trae causa del mismo, aunque a dicha causa la califique el obligado sólo de «benevolente»; la aleatoriedad está en función de la duración de la vida; las normas por las que ha de regirse son fundamentalmente los pactos, las disposiciones generales de las obligaciones y de los contratos y, en último lugar, las normas de los contratos análogos, siendo cuestión a dilucidar si la analogía se da con la renta vitalicia o con los alimentos por convenio a que se refiere el art. 153 Cc.

Indeterminación del objeto: Facultad alternativa de cumplimiento.—La obligación de «dar comida y cena a favor de la actora, durante su vida, que serán servidas en las dependencias destinadas a comedor de los clientes en el Restaurante traspasado o en el domicilio de aquélla» tiene un objeto no bien determinado, y según el art. 1.273, la indeterminación del objeto no será obstáculo para la existencia del contrato, y conforme al art. 1.167, cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior ni el deudor entregarla de la inferior; no es obligación alternativa, sino que contiene una alternativa en cuanto a su cumplimiento, debiéndose corresponder la elección al obligado por aplicación analógica del art. 1.132.

Incumplimiento.—La recepción de una carta que el obligado envió al alimentante en la que decía: «Lamento comunicarle que considero excesivos los gastos devengados cada mes en nuestro Restaurante (...) Ruego tome

en consideración la racionalidad de esa oferta que se le hizo benévolamente por mi parte y que limito al menú habitual de la familia, servido en nuestras dependencias», supuso que el matrimonio dejara de comer en el Restaurante, no constituye ello incumplimiento, pues si no usar del derecho a comer, quedaría la obligación al arbitrio de una parte, con infracción del art. 1.256, y en el presente caso no consta la negativa expresa a la prestación alimenticia ni un solo día de ejercicio, y cuando el pago requiere la colaboración del acreedor no basta con que éste no haya recibido las viandas, sino que ha de probar que no las recibió a pesar de haberlas pedido.

Inaplicabilidad del art. 1.805.—No procede el abono de los alimentos atrasados, porque no se ha justificado el incumplimiento, ni el aseguramiento de los futuros mientras cumpla debidamente, puesto que la sentencia, cuando sea ejecutiva, si no se cumpliera voluntariamente, proporcionará al acreedor título suficiente para asegurar lo que en virtud de ella ha de recibir (art. 923 y concordantes de la LEC), pero conservando el derecho al cobro de los alimentos dejados de percibir durante el litigio. (STS de 21 de octubre de 1992; ha lugar).

NOTA.—La obligación o compromiso de dar de comer y de cenar al matrimonio figura en un contrato de traspaso de local de negocio. Con acierto la sentencia califica el contrato de «vitalicio» de parcialmente oneroso, pues aunque es independiente del traspaso, estima que trae causa del mismo. Esta afirmación da pie a suponer que existe un trasfondo no plasmado jurídicamente, pero que se reitera en la realidad social de los últimos años. Se trata de contratos otorgados por personas pertenecientes a la tercera edad, sea de cesión de la propiedad de la vivienda que ocupan a cambio de constituir un derecho de habitación, sea del traspaso de un local —que ya no pueden atender por la edad—, como en el caso de autos. El precio del traspaso se fija en cinco millones de pesetas pero el local está situado en zona céntrica de Madrid (plaza de Oriente) por lo que cabe la sospecha de un valor muy superior. La redacción del contrato adolece de imprecisión, si bien alguna cláusula parece introducida para enmascarar la obligación del deudor (la que la califica de prestación «benevolente»). Es correcto calificarla de obligación genérica, para poder aplicarle el art. 1.167 (se entiende que es un género limitado: entre los servidos por el Restaurante, el de calidad media). Parece claro que los beneficiarios interpretaron la carta del obligado como una negativa a cumplir, calificación que niega la sentencia y sirve para desestimar la reclamación de las comidas no servidas.

Por lo demás, como pone de relieve Lacruz, *Elementos*, IV-1.º, 3.ª ed., p. 68, la posibilidad de aplicar la normativa de los alimentos legales entre parientes a las otras obligaciones alimentarias predispuestas por la ley o el negocio jurídico, es bastante restringida; úl-

timamente Encarna Roca Trías utiliza la gráfica expresión de «alimentos no derivados del estado de necesidad» para calificar esta modalidad (*Derecho de Familia*, op. colectiva, Valencia, 1991, p. 38); la sentencia extractada también lo destaca adecuadamente. (*G.G.C.*)

18. La denominación de un contrato no ha de considerarse imperativamente procedente.—«No es suficiente que las partes, en sus relaciones contractuales, denominen las mismas en una forma nominal determinada, para que ésta haya de entenderse como imperativamente procedente y que así se imponga en su eficacia y aceptación. El principio de autoconfrontación voluntaria de los interesados en el pacto obligacional que les afecte, tiene las limitaciones establecidas genéricamente en el artículo 1.255 del Código civil.»

Integración del contrato.—«La abstracción a la realidad social, y en cierto sentido, rigidez de los contratos, exige llenar el vacío de su clausurado con la necesaria operatividad y función económica para la que fueron negociados y convenidos, pues de esta manera las formas previstas por la Ley o impuestas por la teoría de necesidades varias y deseos diversos, adquieren utilidad vivificadora, por ser instrumentos válidos para el tráfico jurídico.»

Validez de la renuncia a la «tácita reconducción» en un arrendamiento de temporada.—En un Arrendamiento de temporada excluido del ámbito de aplicación de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 en virtud de su artículo 6-4.º y por ello, sujeto a la legislación, «la renuncia a la tácita reconducción es eficaz, pues se trata de un derecho concedido al arrendatario conforme a los artículos 1.566 y 1.567 del Código civil, y por ello es un derecho susceptible de renunciabilidad, conforme al artículo 6-2.º del Código civil, al suponer un mero contrato, no darse la concurrencia de terceros posibles perjudicados y no ser un precepto imperativo sino meramente facultativo, susceptible de ser excluido por el concierto de voluntades de los interesados». (**STS de 31 de diciembre de 1992**; no ha lugar).

HECHOS.—La Sentencia recurrida tiene como base un contrato en el que se estipuló el arrendamiento de finca rústica para una siembra de maíz en la temporada 1985, en la modalidad de «contrato de temporada» inferior al año agrícola.

Ante la negativa del Arrendatario al abandono de la finca se interpuso ante el Juzgado de 1.ª Instancia, la correspondiente demanda de desahucio. A esta demanda se opuso el demandado alegando que a pesar de la denominación, no se trataba de un contrato de temporada, ya que el cultivo del maíz no es dicho costo y por ello, estaba sujeto a la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 y excluido de la legislación común. (*I.H.M.*)

19. Arrendamiento urbano de local de negocio sujeto a L.A.U.: Resolución por subarriendo parcial inconsentido. No procede por haber recaído consentimiento verbal expreso del Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad Arrendadora.—Sin dejar de reconocer que la doctrina de la Sala 1.^a, al interpretar el art. 22 L.A.U., ha venido exigiendo la forma escrita como medio único de probar la autorización del arrendador para el subarriendo, ha de partirse de que a tal exigencia no puede atribuírsele un valor constitutivo o de *condictio iuris* del subarriendo, sino un evidente carácter de requisito *ad probationem*, dirigida, no al arrendador sino al arrendatario, al ser la forma escrita el medio normal y más fehaciente para la prueba de la prestación de un consentimiento o la concesión de una autorización, pero no impide que el propietario-arrendador, en uso de sus libres y plenas facultades dispositivas, pueda conceder su autorización o prestar su consentimiento en forma verbal, siempre que ello lo pruebe plenamente el arrendatario y tal consentimiento sea expreso (no tácito o presunto).

Buena fe.—Se conculcaría en el supuesto del arrendador que concedió su autorización expresa, en forma verbal, para el subarriendo, cuando éste le resultaba beneficioso, y después, cuando considera que ya no le reporta utilidad alguna, pretende acogerse a la exigencia formal del artículo 22, aduciendo que la autorización no la concedió en forma escrita, pues dicha conducta envuelve un auténtico fraude de ley que los Tribunales de justicia no pueden de ningún modo amparar.

Prueba testifical.—Es doctrina reiterada la de que no es admisible en casación la alegación del art. 1.248 Cc., por ser precepto meramente admonitivo, lo mismo que el art. 659 LEC, al que de manera implícita se remite el precepto invocado, pues es también norma no preceptiva, autorizando ambas a los juzgadores de instancia para apreciar libremente las declaraciones de los testigos, conforme a las reglas de la sana crítica, que no constan en precepto alguno que pueda citarse como infringido.

Confesión. División. Hechos personales del confesante.—No se vulnera el principio prohibitivo de división de la confesión, cuando ésta se refiera a hechos diferentes o cuando una parte de la confesión esté probada por otros medios; las posiciones 5.^a y 7.^a se refieren a hechos diferentes, cuales son si las rentas que abonaba el subarrendatario se ingresaban en las arcas de la sociedad, de cuyo Consejo de Administración él era el Presidente, y él participó en todos los repartos de beneficios que se hicieron, y si dichas rentas eran variables en función del volumen mensual bruto de las ventas que se hicieron, a todo lo cual contestó afirmativamente, valorando la Sala esta prueba en función de las demás practicadas en el proceso; tales hechos entraban, o debían entrar en el ámbito de conocimiento del confesante, en su calidad de Presidente del Consejo de Administración de la sociedad demandada, en cuyo sentido tales hechos le concernían directamente, aparte de que, conforme al art. 587 LEC, podía haberse negado a contestar a tales po-

siciones, cosa que no hizo, sino que las respondió afirmativamente, estando redactadas sin imprecisión.

Prueba directa del consentimiento para subarrendar.—La Sala no ha tenido necesidad de acudir a la prueba de presunciones para considerar probado el consentimiento al subarriendo litigioso, al existir prueba directa con testigos tan cualificados como el Secretario del Consejo de Administración y el Letrado asesor de la sociedad demandada, quienes asistieron a la reunión de accionistas en la que se trató del tema del subarriendo parcial, los cuales manifiestan expresa y categóricamente que en esta reunión el Presidente del Consejo de Administración prestó su consentimiento al citado subarriendo, pues ante la advertencia del Letrado asesor, manifestó que «al ser él el propietario de dicho local no había ningún problema, toda vez que al ser socio y Presidente de la sociedad arrendataria, tenía interés en aumentar las cotas de beneficio de explotación del Supermercado». (STS de 14 de octubre de 1991; no ha lugar).

NOTA.—La comprensión del supuesto requiere conocer la doble personalidad del actor recurrente, que, al mismo tiempo, era propietario del local arrendado, y Presidente del Consejo de Administración de la sociedad arrendataria; doble personalidad que induce mala fe cuando con aquélla ejercita una acción de desahucio por inconstituido subarriendo, cuando en realidad se prueba cumplidamente que expresó verbalmente su autorización cuando fue requerido para ello.

Es de alabar la cuidada valoración de la prueba de confesión y testifical (cosa realmente infrecuente), siendo evidente que la cualidad de los testigos (Secretario del Consejo de Administración y Letrado asesor de la entidad demandada) fueron factores de gran credibilidad de su testimonio.

La interpretación que aquí se acepta de la exigencia del art. 22 de la todavía vigente L.A.U. es un ejemplo más del abandono del formalismo por parte de la Sala 1.^a, quizá por la inminente derogación de dicha ley. La curiosa modalidad de autocontratación (parcial) de que hace gala el actor le hubiera debido obligar a una abstención por colisión evidente de intereses, que ahora le hubiera favorecido.

Resolución absolutamente justa (Pte. Morales Morales). (G.G.C.).

20. Beneficio industrial.—Tras la reforma fiscal de 1964, tanto la Ley General Tributaria como otras normas inferiores, hacen referencia al beneficio industrial principalmente en dos aspectos, uno como presunción para el establecimiento de cuotas tributarias y otro incorporado a las ofertas y presupuestos de obra, que es el que aquí nos interesa. Este último viene siendo considerado por los Tribunales como del 15 por 100, algo superior al interés del dinero.

Tras la Constitución española han desaparecido las limitaciones contractuales de carácter general, y por tanto tal consideración del beneficio industrial sólo se llevará a cabo en ausencia de pacto entre las partes, bien para fijar otro distinto, bien para excluirlo. Esta exclusión suele hacerse en las obras cuya ejecución se contrata a tanto alzado. (STS Sala 1.ª de 15 de octubre de 1992).

HECHOS.—Se constituye una sociedad atípica para la construcción de unas viviendas de protección oficial en la que intervienen dos socios, decidiendo que de la cuenta de resultados cada uno obtendrá un beneficio proporcional al capital aportado y excluyendo expresamente el beneficio industrial. A continuación se efectúa un contrato por el cual uno de los socios realizará la obra con arreglo al presupuesto, haciendo expresa mención a la exclusión del beneficio industrial así como a la percepción de cantidad alguna como contraprestación a la vigilancia de ejecución de la obra, a la que también se compromete el mencionado socio.

Finalizada la promoción el otro socio pide la liquidación de beneficios, en demanda ante el juzgado de primera instancia, el cual realiza los cálculos sin tener en cuenta el mencionado beneficio industrial. Apelada ante la Audiencia, la sentencia de instancia es revocada en parte y en el cálculo de los costes de obra se incluye el beneficio industrial del constructor. El recurso de casación, interpuesto por el demandante de instancia, confirma la primera sentencia. (I.S.P.).

21. El aval a primera demanda.—El aval a primera demanda es un contrato atípico que nace de la voluntad de las partes, y por exigencias del tráfico jurídico, para romper las rigideces que al contrato típico del Código civil produce la accesoriedad, es decir, la dependencia absoluta de la obligación que con él se garantiza.

Es suficiente la reclamación del beneficiario para que el garante deba pagar, sin poder oponer más excepciones que las que deriven de la propia garantía. Basta la reclamación del beneficiario para que surja la presunción de que el obligado no ha cumplido, presunción que naturalmente puede ser destruida por el garante si prueba que su avalado cumplió el contrato y quedó liberado de su obligación. Se produce por tanto una inversión de la carga de la prueba, el beneficiado por el aval no ha de probar el incumplimiento por parte del deudor avalado, sino que es el garante el que ha de probar el cumplimiento.

La obligación de pago del avalista es por tanto de carácter abstracto, pues se independiza del contrato con el que inicialmente nació. (STS de la Sala 1.ª de 27 de octubre de 1992).

HECHOS.—Entre la sociedad demandante y otra sociedad se celebró un contrato de suministros de maquinaria y prestación de servicios de montaje, cuyo cumplimiento fue avalado por Banca Catalana con un aval a primer aviso hasta un límite establecido. La sociedad demandante reclama a B.C. el pago de la cantidad avalada y los intereses desde que por primera vez se le requirió notarialmente el pago por incumplimiento del contrato por ella avalado. (I.S.P.).

22. Incumplimiento contractual recíproco: efectos económicos del perjuicio causado a tercero.—Cuando se ha probado que existió incumplimiento de ambas partes contratantes, pero no se ha determinado quién incumplió primero, es aceptable el reparto de la responsabilidad en partes iguales entre los litigantes. El Tribunal Supremo calificó de correcta la «aplicación modalizada (...) de la *compensatio mora* que para las obligaciones recíprocas establece el párrafo último del artículo 1.100 del Código civil».

Arbitraje. Excepción de incompetencia de jurisdicción: Derecho transitorio.—Es doctrina del Tribunal Supremo la que considera —en el marco de aplicación de la antigua Ley de Arbitraje de 1953— desestimable la excepción de incompetencia de la jurisdicción cuando el compromiso de las partes de someter sus asuntos al arbitraje de equidad, recogido en una cláusula contractual, no fue posteriormente formalizado ni se hallaba en trámites de formalización. Se entiende que tal compromiso de arbitraje devino ineficaz al acudir una de las partes a la jurisdicción ordinaria antes de la entrada en vigor de la Ley de Arbitraje de 1988, no siendo por tanto aplicable en estos casos la retroactividad prevista en la Disposición transitoria.

Conforme a la ley vigente, la reconvencción formulada por el demandante supone una renuncia al arbitraje, por tratarse de una «actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción» (art. 11). (STS de 2 de julio de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Entre las entidades CRYOGAS y CONAVE mediaba un contrato de suministro y asistencia técnica, dirigido a la instalación de una planta de relicuefacción por encargo de «Astilleros Españoles, S.A.». A raíz del incumplimiento de una de las entidades, dejó de cumplir también la otra, con el consecuente retraso en la instalación. Esto último provocó una penalización reflejada en importantes descuentos en el precio. Cuando posteriormente CRYOGAS demandó a CONAVE el pago de la parte de precio que le debía, ésta no sólo opuso excepción de falta de jurisdicción (invocando una cláusula compromisoria de arbitraje del contrato) sino que formuló reconvencción solicitando se declarase la obligación de CRYOGAS de pagar las cantidades perdidas a consecuencia de la demora en la instalación. El Tribunal Supremo confirma las senten-

cias de instancia que resuelven atendiendo a criterios de equidad. (C.J.D.).

23. Responsabilidad del fabricante. Daños por aplicación de producto ineficaz. Naturaleza extracontractual.—El producto en cuestión no es simplemente defectuoso, sino ineficaz, al no ser de efectiva aplicación de la plaga de «prays citri», o del limonero, y, por tanto, no se trata de un mero vicio oculto, ya que éste presupone eficacia de lo normalmente producido, aunque con defectos con relación a su normal eficacia, lo que conduce a aplicar los requisitos de la responsabilidad extracontractual, cuales son un actuar culposo o negligente, como es producir un producto con proyección de mercado anunciándolo como eficaz para tratar la plaga del limonero, cuando en realidad carecía de esa anunciada eficacia, resultando una consecuencia dañosa, como es la pérdida de la cosecha a que tal producto fue aplicado, y relación de causa a efecto, pues el daño fue originado por la aplicación que hizo el demandante confiando en el anuncio hecho por la entidad que lo elaboraba y que no respondía a la realidad, siendo de observar que en la renovación de la inscripción del producto en el Registro Central no figura ya tal aplicación, supresión también realizada en el etiquetado posterior.

Cuantía de la indemnización. Ganancia dejada de obtener.—La sentencia recurrida ha infringido el art. 1.106 Cc. en tanto que la indemnización de daños y perjuicios ha de comprender la disminución patrimonial efectiva sufrida a causa del daño, y al haber dejado sin respuesta a las cantidades reclamadas en concepto de beneficio dejado de obtener como consecuencia de la ineficacia del citado producto, esa respuesta ha de producirse en casación, a fines de integrar adecuadamente el *factum* no explicitado adecuadamente por el juzgador de instancia, como tienen declarado las SS de esta Sala de 15-7-1983, 3-6 y 16-9-1988 y la STC de 11-6-1983, ya que lo contrario supondría vulnerar el principio del logro de justicia efectiva que consagra los arts. 24 y 120-3.º C.E. que demanda la adecuada motivación de las sentencias; tal beneficio es consecuencia de no haber obtenido la cosecha que normalmente habían de dar los árboles, fijando tal cantidad en la suma de 8.893.294 ptas. con sus intereses al tipo establecido en el art. 921 LEC (STS de 3 de octubre de 1991; ha lugar en parte).

NOTA.—No deja de sorprender que en los FD no se menciona la LGDCU de 1984 sino exclusivamente los preceptos del Cc. Tampoco es posible saber si aquella se invocaba en los recursos que ambas partes interpusieron. (G.G.C.).

24. Culpa extracontractual. Responsabilidad civil en el ejercicio de actividades deportivas. Lesiones oculares en juego de pelota a pala. Inicial inimputabilidad si la actividad lúdica se realiza prudentemente. Inaplicabilidad de la responsabilidad por riesgo.—La responsabilidad ci-

vil derivada de actos realizados en el ejercicio de una actividad deportiva a título particular entre amigos, como el juego de pelota a pala, en el curso del cual, y como consecuencia de un pelotazo, uno de los jugadores perdió un ojo a consecuencia del golpe recibido, carece de específica regulación, no ya normativa sino tampoco reglamentaria, a salvo la Ley del Deporte 10/1990, de 15 de octubre, que no toca este tema, no existiendo tampoco doctrina jurisprudencial en el marco del Derecho civil, lo que obliga a aplicar el art. 1.902 Cc.; este precepto, aun cuando considerablemente objetivizado por esta Sala, especialmente cuando su aplicación se proyecta sobre actividades, aspectos o conductas de clara y patente trascendencia social, conduciendo a una llamada socialización de responsabilidades, no es, en principio, de aplicación a las competiciones deportivas, dado que el riesgo particular implícito en el ejercicio de la misma, no puede equipararse a la idea de riesgo fundada en la explotación de actividades, industrias, instrumentos o materias, que si bien esencialmente peligrosos, el peligro que su puesta en funcionamiento lleva implícito se ve compensado, en primer lugar, por el beneficio que como consecuencia de ello recibe la sociedad en general, y en cuanto al directamente explotador del medio, por los beneficios que a través de ello obtiene; en el presente caso, no es un deporte de masas, ni siquiera cultural, sino, al igual que ocurre con el tenis a estos niveles, la natación, etc., no son otra cosa que aspectos deportivos propios de la sociedad actual, que, a nivel individual, vienen a constituir una faceta lúdico-sanitaria en cuanto dirigida a paliar en cierta medida las consecuencias psíquicas que las agotadoras horas de servicio o trabajo diario, en medios lo suficientemente ásperos y en ocasiones hasta agresivos, como suelen ser aquellos en que se desenvuelven actualmente las actividades laborales, provoca en la persona la necesidad de acudir a manera de «válvula de escape» a la práctica de ciertos deportes de carácter más bien individualista, como el aquí contemplado; en materia de juegos y deportes de este tipo, la idea del riesgo que cada uno de ellos pueda implicar —rotura de ligamentos, fracturas óseas, etc.— va insito en los mismos y, consiguientemente, quienes a su ejercicio se dedican lo asumen, siempre que las conductas de los partícipes no se salgan de los límites normales ya que de ser así podría incluso entrar en el ámbito de las conductas delictivas, dolosas o culposas; lo que ha de imperar en este tipo de actividades son las reglas de prudencia que los jugadores deben seguir, debiendo a su vez tenerse en cuenta que los actos de los deportistas, aun cuando dirigidos a lograr las más adecuadas jugadas, no siempre producen el resultado perseguido, cual aquí ha acontecido, ya que no puede extraerse la consecuencia de que en un juego como el de pelota a pala, quien maneja ésta quiera lesionar a su compañero de competición, de la misma forma que tampoco se le puede exigir que la pelota vaya siempre al lugar adecuado; por todo ello hay que concluir que al demandado, y hoy recurrente, no le es imputable a título de culpa o negligencia, el acto que originó la pérdida del ojo izquierdo al actor y recurrido, en cuanto tal evento no es, en realidad sino consecuencia desgraciada, y siempre sentida, de cualquier tipo de juego, pero de respon-

sabilidad inicialmente inimputable. (STS de 22 de octubre de 1992; ha lugar).

NOTA.—Importante sentencia relativa a la culpa extracontractual en actividades lúdicas o deportivas no lucrativas, que parece ser la primera que se dicta en la materia, que dará origen, sin duda, a un amplio debate doctrinal por lo cual se resume *in extenso*, cuya trascendencia jurídica radica en la clara posición del TS al estimar el recurso y absolver de la demanda interpuesta contra el jugador causante del daño y una Compañía de Seguros, mientras en ambas instancias se estimó parcialmente la demanda, si bien la trascendencia económica (con ser inevaluable la pérdida de un ojo) no era grande, dado que se reclamaban algo más de 10 millones, se otorgaron algo más de dos en primera instancia y algo más de cinco en segunda, y existía un seguro (no se aclara de qué naturaleza) por lo cual no había presionantes razones de equidad para otorgar indemnización o dejar de hacerlo. Nos encontramos ante una *limpia* toma de postura del TS.

La doctrina de esta sentencia puede resumirse en la inicial inimputabilidad de las lesiones causadas en el ejercicio de actividades lúdicas o deportivas, no lucrativas, siempre que los participantes actúen con normal prudencia; se produce así, una causa de exclusión de responsabilidad que permitiría configurar tales hechos como *casus* o *vis maior*; o, si se prefiere, con terminología penal, se trataría de una causa de justificación o, eventualmente, de inimputabilidad.

Debo confesar la insatisfacción que me produce la lectura de los FD de esta sentencia. Una vez más el TS ejerce su facultad normativa creadora y resuelve que el juego de pelota a pala en el País Vasco no pertenece al grupo de «actividades, aspectos o conductas de clara y patente trascendencia social» (4.º FD). Creo que el Ponente se ha asomado poco por el País Vasco, pues de otro modo hubiera comprobado que el juego de pelota es deporte de masas y pertenece a la cultura vasca; ciertamente, el juego de pelota a pala requiere alguna infraestructura de suerte que no puede practicarse cómodamente en cualquier tipo de frontón, pero en modo alguno es minoritario y su práctica se ha extendido a otras regiones.

También suscita reservas el deslinde de campos que hace la sentencia: de un lado, la posible responsabilidad penal, dolosa o culpable, y de otro la irresponsabilidad civil; como la primera es difícil de probarse cabe concluir por la práctica impunidad de las lesiones causadas en actividades lúdicas o deportivas, salvo que se demuestre que su autor haya infringido esas «reglas de prudencia» a que alude la sentencia pero cuyo contenido no especifica.

Por otra parte, la inimputabilidad inicial no resuelve todos los problemas. Las lesiones pueden venir causadas o agravadas por el

deficiente estado de las instalaciones en que se desarrolla el juego o el deporte, ¿*quid* si el local se arrendó, o si se utilizó porque uno de los jugadores tenía facultad o autorización para hacerlo (por ser alumno o profesor o empleado del centro educativo)? ¿Es aplicable a los daños a terceros —espectadores, viandantes, etc.— la regla de la inicial inimputabilidad?

En mi opinión, cabe observar excesivo mimetismo hacia la doctrina penal cuando siempre se ha proclamado la autonomía de la jurisdicción civil para establecer sus propios criterios de responsabilidad.

La sentencia delimita con rasgos bastante netos el sector de la vida social al que, en principio, se aplica la doctrina que establece, a saber «actividades deportivas, a título particular, entre amigos». Parece que se aplicarán otros criterios a las actividades deportivas profesionalmente organizadas; pero entre éstas y las descritas hay zonas intermedias de no fácil diferenciación ¿*quid* si los amigos se cruzan apuestas, o las realiza el público?, ¿*quid* si los intervinientes en las competiciones son aficionados aunque haya un organizador, y, a veces, un patrocinador? Preguntas de no fácil respuesta suscitadas por la sentencia extractada. (G.G.C.).

25. Responsabilidad civil extracontractual. Inversión de la carga de la prueba.—Sin necesidad de hablar de responsabilidad objetiva, esta Sala ha aplicado reiteradamente la teoría de la creación del riesgo conforme a la cual no es suficiente que el agente respete preceptos reglamentarios, sino que ha de exigírsele guardar cuantas prevenciones aconsejen las circunstancias del caso y, además, es unánime el criterio jurisprudencial conforme al cual se produce la inversión de la carga de la prueba, por lo que en el caso de autos para exonerar de culpa al conductor, corresponde a él demostrar que la caída, aun coincidente con la frenada, no fue producida por ésta.

HECHOS.—La demandante sufrió daños y perjuicios como consecuencia del frenazo del autobús conducido por el demandado Wenceslao, M.L. y propiedad de la Empresa «G.A., S.A.». El TS casa la sentencia de la Audiencia y confirma la del Juzgado de Primera Instancia que había condenado a la empresa, al conductor y a la aseguradora. (STS de 15 de octubre de 1992; ha lugar). (J.B.D.).

26. Responsabilidad civil extracontractual.—La jurisprudencia de esta Sala (sentencias entre otras de 28 de diciembre de 1982, 6 de mayo y 13 de diciembre de 1983), ha reiterado que el principio de responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento positivo, acogido en el artícu-

lo 1.902 del Código civil, pero aparte del mismo en el caso debatido es evidente que los organizadores de la marcha asumieron un riesgo evidente y ello, aunque se hubiesen adoptado precauciones que no se tomaron, puesto que aquellas parcas precauciones resultaron del todo insuficientes para prevenir los peligros en beneficio de los posibles perjudicados. Todo ello sin acudir al principio de la responsabilidad siquiera atenuadamente objetiva que debe regir actividades como las asumidas por los demandados, y entre ellos por la entidad actual recurrente.

HECHOS.—La muerte del menor, hijo del demandante, acaeció al implicarle junto con otros menores en una excursión por la montaña, que tenía un grado de dificultad grande para un muchacho de ocho años, por el recorrido, altura y marcha realizada, con peligrosidad y dificultad agravadas por la edad del menor, el reciente temporal provocador de neveros o pequeños glaciares, por un declive al norte de un desnivel del 50 por 100, y todo ello realizado sin los medios más elementales para garantizar la seguridad de los componentes de la marcha y en su caso hacer frente a las incidencias fácilmente previsibles. Fueron condenados tanto las entidades organizadoras de la excursión como los monitores participantes en la misma. (STS de 30 de octubre de 1992; no ha lugar) (J.B.D.).

27. Responsabilidad civil extracontractual. Presupuestos. Prueba del daño.—Como la existencia o no del daño es una cuestión estrictamente fáctica y la sentencia recurrida declara que en el presente supuesto litigioso no aparece probada la realidad de dicho daño o perjuicio, esa apreciación probatoria ha de ser mantenida invariable en esta vía casacional, al no haber sido la misma combatida ni, mucho menos, desvirtuada por medio impugnatorio adecuado para ello, cual es el del error en la valoración de la prueba.

Relación de causalidad.—La determinación del nexo causal entre la acción u omisión y el resultado dañoso, aunque perteneciente al ámbito de la *quaestio iuris* y, por tanto, revisable en casación a través del medio impugnatorio aquí utilizado, es un juicio de valor que está reservado a los Tribunales de instancia y que hay que respetar en casación en tanto no se demuestre que los mismos han seguido, al negar la existencia de dicho nexo o relación, una vía o camino erróneo, no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica o buen criterio (Sentencias de esta Sala de 26 de mayo de 1982, 26 de febrero de 1983, 11 de febrero de 1984, 13 de junio de 1988, 16 de enero y 25 de septiembre de 1989, 10 de junio de 1991, entre otras).

HECHOS.—La solicitud de indemnización de daños y perjuicios tenía su base en la difusión, por un medio de comunicación, de la noticia de la suspensión de la actuación de un cantante, lo que, a juicio del actor, determinó una menor asistencia de público. La de-

manda fue desestimada por el Juzgado y por la Audiencia. No prospera el recurso de casación. (STS de 19 de octubre de 1992; no ha lugar). (J.B.D.).

28. Responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno. El sujeto responsable según el artículo 1.903.4.º del Código civil.—El artículo 1.903 del Código civil permite que se demande y se condene electiva o cumulativamente tanto al director del medio de comunicación donde se publica la noticia o el reportaje como a la empresa propietaria del periódico, pues uno y otra son responsables por culpa *in vigilando* o *in eligendo* en relación con el directo e inmediato causante del daño, que procede con culpa *in operando*, de las consecuencias del acto ilícito que origina la indemnización, sin que sea posible que uno eluda por otro la pertinente responsabilidad, de modo que la referencia a «dueños o directores de un establecimiento o empresa», en lo que concierne a empresas periodísticas, no autoriza la exclusión de cualquiera de ellos, cuando ambos son demandados, y, ni por ello, la del director del periódico, como se pretende, amparándose en su cualidad de empleado cualificado, que se refiere a unas relaciones internas, no conducentes con el tema debatido, en tanto que es el director quien vigila y controla la confección del periódico y la elaboración de sus contenidos materiales, lo que origina la responsabilidad propia de la función directiva que desempeña». (STS de 22 de abril de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El dominical de un periódico publicó un reportaje sobre la prostitución masculina, en el que se incluía una fotografía en la que aparecían un joven y un adulto, perfectamente identificables, bajo un cartel de toros, con un pie explicativo que textualmente decía: «El joven que no tiene reparos en hacer la “esquina”, ofrece sus “servicios” previo pago de “equis talegos”». Se acreditó que la fotografía no se corresponde con personas vinculadas con el tema del reportaje, sino con un padre y su hijo charlando mientras esperaban que se abrieran las taquillas de la plaza de toros. Fueron demandados y condenados, en primera y segunda instancia, la autora material del reportaje gráfico, el director del diario y la empresa editora. Recurrieron en casación el director del diario y el representante legal de la empresa editora. Sostiene la representación procesal de los recurrentes, en uno de los motivos del recurso, que “la responsabilidad establecida en el artículo 1.903 del Código civil no es trasladable al director del periódico en la concreta referencia a los directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes, y, con ocasión de sus funciones, puesto que el director del periódico no tiene facultades o poderes de la empresa propietaria de un periódico, por lo que se puede considerar en todo caso como un empleado cualificado, pero hemos de entender que, en todo caso, la responsabilidad de todos sus emplea-

dos lo es de la empresa propietaria del periódico, responsabilidad que, en base al artículo 1.903, no es trasladable al director del medio de comunicación". El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Ha existido un debate doctrinal y jurisprudencial en torno a si la Constitución derogó el sistema de responsabilidad establecido por la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 (artículo 65.2: «La responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario»). Sea cual fuere la posición adoptada (la sentencia que anotamos declara la vigencia del artículo citado), lo cierto es que la normativa del Código civil en materia de responsabilidad civil extracontractual (artículos 1.902 y 1.903) proporciona, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial mayoritaria, la posibilidad de llegar al mismo resultado práctico: la responsabilidad solidaria de redactor, director y editor.

Según se deduce de la lectura de los fundamentos de derecho de la sentencia, fueron precisamente los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil el apoyo normativo para condenar a los demandados. Nos interesa, en particular, la forma en que se aplica el artículo 1903.4.º tanto al director de la publicación como al editor.

Para designar al sujeto responsable por hecho de otro, el artículo 1.903.4.º del Código civil utiliza la expresión «dueños o directores de un establecimiento o empresa». ¿Permite tal expresión la inclusión del director de un periódico? El legislador español, apartándose de las voces «maîtres» y «commettants» del precedente francés, introduce un rasgo de modernidad, al vincular esta responsabilidad a las esferas profesionales del comercio y de la industria. Sin embargo, la expresión utilizada plantea problemas interpretativos de muy difícil solución. Situar en un mismo plano, a los efectos de declarar su responsabilidad, al dueño y al director, supone desconocer que su posición en la empresa es distinta y que únicamente coinciden ambas cualidades en una misma persona cuando se trata de organizaciones económicas de mínima entidad. El análisis gramatical de la norma (recuérdese los elementos de interpretación contenidos en el artículo 3.1 del Código civil), partiendo del carácter no excluyente de la disyuntiva «o», nos conduce inevitablemente a la conclusión de que puede figurar como sujeto responsable ex artículo 1.903.4.º, el dueño, el director o ambos a la vez. El TS sostiene, en esta sentencia, este punto de vista al señalar que «el artículo 1.903 del Código civil permite que se demande y se condene electiva o cumulativamente tanto al director del medio de comunicación donde se publica la noticia o el reportaje como a la empresa propietaria del periódico...».

La desafortunada redacción del artículo 1.903.4.º debería permitir abrir la puerta, en este punto, a una interpretación distinta de la norma, que tuviese en cuenta la posición subordinada, incardinada en una relación de dependencia, de las personas que desempeñan funciones de dirección en la empresa (téngase presente la STS de 6 de diciembre de 1912, en la que se señalaba que el cargo de director de un periódico no implica falta de subordinación a la autoridad de la empresa editora).

Volviendo al caso resuelto por la sentencia, consideramos que el artículo 1.902 permitiría condenar tanto al autor material del reportaje como al director de la publicación, que no hizo uso del derecho de veto que le otorga el artículo 27 de la Ley de Prensa e Imprenta, reservando el artículo 1.903.4.º para aplicarlo únicamente al editor. (*J.B.D.*).

29. Artículo 1.905 del Código civil: exoneración de responsabilidad.—Para que el poseedor del animal pueda quedar exonerado de la responsabilidad derivada de los perjuicios que se causan, es requisito indispensable la existencia constatada de una fuerza mayor, o de la culpa de la víctima (artículo 1.905 del Código civil, que se cita como infringido) y esas circunstancias aparecen ausentes en las actuaciones. (**STS de 31 de diciembre de 1992**; no ha lugar).

HECHOS.—Los padres del menor D.M.S. formularon demanda de Juicio Declarativo de Menor Cuantía por culpa extracontractual derivada de no haber adoptado las precauciones exigibles en la que reclamaban la indemnización de las lesiones sufridas por el pequeño y ocasionadas por una res bravía. (*A.R.M.*).

30. Responsabilidad del propietario ex art. 1.907 Cc.: Configuración objetiva. Carga de la prueba: Incumbe al propietario.—Según el art. 1.907 Cc., «el propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias», y a este respecto, se tiene que la responsabilidad de que se trata ha de configurarse objetivamente en atención al riesgo originado por el estado del inmueble, y para liberarse de la misma no basta probar que se hicieran reparaciones, sino que éstas han de ser las «necesarias».

La carga de la prueba de que el propietario ha realizado las reparaciones necesarias corresponde a éste, en virtud de la inversión de la misma derivada de la situación de riesgo, pues ha de partirse de la presunción, implícita en el art. 1.907 Cc., de que el mal estado de un edificio o parte de él es imputable a su propietario. (**STS de 30 de junio de 1992**; ha lugar en parte).

HECHOS.—Habiendo realizado una comunidad de propietarios obras de conservación en la fachada del edificio, de la cual se desprendió un trozo de cornisa que, al caer, causó la muerte del hijo del actor, demandó éste a la comunidad de propietarios y a la entidad aseguradora, solicitando el abono de una cantidad en concepto de daños y perjuicios.

El Juez de Primera Instancia, apreciando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido demandada la sociedad constructora, desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación, revocando la sentencia de instancia y condenando a la comunidad de propietarios y a la aseguradora a abonar solidariamente al actor la cantidad fijada en concepto de daños y perjuicios más los intereses legales. Prospera en parte el recurso de casación (dejando sin efecto la condena al abono de intereses y confirmando el resto).

NOTA.—Prospera en parte el recurso de casación porque el actor no solicitó el abono de los intereses legales, a los que, sin embargo, la sentencia impugnada sí condena, produciendo con ello la indefensión de las codemandadas, que se vieron privadas de la posibilidad de discutir en el proceso la pertinencia o no del abono de intereses. Con ello, la Audiencia se pronunció *ultra petita* sobre este punto y el Tribunal Supremo acoge este motivo del recurso, dejando sin efecto esta parte de la condena. (E.A.P.).

4. DERECHOS REALES

31. Acción de deslinde y reivindicatoria: no es necesario demandar a todos los colindantes. Reclamación de daños y perjuicios por contaminación: excepción de litisconsorcio pasivo necesario: procede.—Si se pide el deslinde con una sola finca y con nadie más, porque sólo el lindero con ella era el que se había hecho incierto, es evidente que la sentencia que se pronuncie en nada afecta ni perjudica a los otros colindantes, y de ahí que no sea necesario traerlos al proceso, bastando con que se entable con el titular de la finca cuyo lindero es controvertido.

Si la prueba pericial practicada —ciertamente muy escasa a la vista de la complejidad técnica del tema de la contaminación— revela sin lugar a dudas que la entidad demandada contamina en proporción no determinada la finca del actor, pero también que ésta sufre la contaminación por la actividad industrial desarrollada por la sociedad igualmente colindante, que no ha sido traída al proceso, debe acogerse la excepción falta de litisconsorcio pasivo necesario, ya que de otra manera sería injusta cualquier condena exclusiva de una sola industria por la contaminación. (STS de 13 de octubre de 1993; ha lugar).

HECHOS.—Debido a que la entidad demandada era dueña de una finca colindante con la perteneciente a una comunidad de propietarios, en la que realizaba su actividad industrial, generando residuos nocivos de tipo químico, que se acumulaban sobre terrenos de su propiedad, pero que poco a poco fueron aumentando y comenzaron a depositarse sobre la finca del actor, generando a su vez más residuos que se extienden por toda ella, se ha borrado el lindero que separaba las propiedades y se ha producido la invasión de parte de la finca del actor por los residuos, así como daños y perjuicios a toda la finca en su conjunto; por todo ello, un propietario, en su nombre, y en interés y beneficio de la comunidad de propietarios, interpuso demanda, solicitando que se condenase a la entidad demandada a efectuar un perfecto deslinde entre la finca del actor y la suya, a reintegrar al actor en la plena y pacífica posesión de su finca, retirando todos los depósitos de residuos químicos, dejándola limpia y apta para cualquier destino posible, y en su caso, se obligue a indemnizar a la actora. La sociedad demandada se opuso, negando que hubiese inmisiones en la finca del actor y alegando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, por la circunstancia de que también en terrenos colindantes con la finca del actor estaba instalada y en funcionamiento una fábrica de hormigones, siendo ésta la causa eficiente del posible mal estado de su propiedad.

El Juez de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda; por el contrario, la Audiencia Provincial estimó de oficio la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, revocando la sentencia recurrida y absolviendo al demandado sin entrar en el fondo del asunto. Prospera el recurso de casación, que revoca parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. (E.A.P.).

32. Requisitos de la posesión para la prescripción extraordinaria.—Para adquirir por medio de la prescripción extraordinaria de 30 años establecida en el artículo 1.959 del Código civil se requiere no sólo la posesión durante el indicado período de 30 años, sino también que tal posesión se hubiera producido, según exige el artículo 1.941 del Código civil en concepto de dueño, pública y pacíficamente, así como que esa posesión se haya llevado a cabo con buena fe.

Posesión en concepto de dueño.—En este sentido, la percepción de rentas por un partícipe comunitario y el abono de contribución territorial por sí solo, en relación con bienes que comunitariamente venían correspondiendo por causa hereditaria al perceptor de tales rentas, y abonante de la indicada contribución, es insuficiente para generar posesión en concepto de dueño al poder responder a una actividad de mera administración de la expresada comunidad por vía de sucesión hereditaria.

Carácter personalísimo del testamento.—El artículo 670 que prevé el carácter personalísimo del testamento, se vería vulnerado de autorizarse

que un cónyuge alterase la voluntad testamentaria establecida por su cónyuge premuerto, dando por pagadas, por entrega de bienes que el primero dice haber efectuado al causante de los herederos, la herencia que del segundo les correspondía.

Inaplicación del artículo 1.966-2.º y 3.º del Código civil.—Si bien las normas 2.ª y 3.ª del artículo 1.966 del Código civil establecen que por el transcurso de cinco años prescriben las acciones para exigir el cumplimiento de las obligaciones de satisfacer el precio de los arriendos, sean éstos de fincas rústicas y urbanas y la de cualesquiera otros pagos que deben hacerse por años o en plazos más breves, es asimismo de considerar que el citado artículo se haya limitado a favorecer prescriptivamente con exclusividad al arrendatario con relación al arrendador, pero sin aplicación, por tanto, al supuesto de reclamación de unos copartícipes de la parte proporcional de las rentas que les corresponda y cuya totalidad ha sido percibida por otro de los partícipes, ya que la acción ejercitada a tal fin es meramente de índole personal genérica comprendida en el plazo de prescripción de quince años establecido en el artículo 1.964 del Código civil. (STS de 29 de febrero de 1992; no ha lugar). (I.H.M.).

33. Límites a los derechos de propiedad intelectual.—En virtud de las circunstancias del caso se establece la convicción del órgano *a quo* sobre la inexistencia de plagio o copia en atención a que al ser el sistema de edición utilizado de común patrimonio de la sociedad porque es una forma amplísimamente practicada en todos los ámbitos del saber humano como instrumento de conocimiento y divulgación y al ser la materia a tratar de una objetiva plasticidad como lo es el arte monumental y de una realidad sensitiva que sin embargo requiere para su descripción de una múltiple literatura producto en cada caso de la subjetiva apreciación del autor que lo describe, es patente que esa imaginación creativa y su traducción en palabras de la percepción sensitiva referida, no podrá nunca escapar de esos denominadores comunes como son el monumento, el estilo a que corresponda y en terminología específica con que se denomina cada uno de los elementos físicos que lo componen.

Por otra parte, el Tribunal considera que no es de despreciar la idea de que en estas hipótesis, la excesiva apreciación de lo que supone copia, llevaría consigo un valladar que yugularía el acicate imaginativo que proyecta su diversidad en un enfoque y óptica distinta respecto de un mismo monumento u obra de arte, que obviamente es un objeto que escapa de la órbita patrimonial particular ya que están comprendidos dentro del acervo moral y sensitivo de la comunidad.

Valoración de la prueba pericial.—Tiene declarado insistentemente esta Sala que en ningún caso están los Tribunales forzados a sujetarse al parecer de los peritos, y si bien al art. 632 LEC establece que se atenderá en su apreciación a las reglas de la sana crítica, dichas reglas no constan en precepto legal alguno que pueda invocarse como infringido en casación

(S. 7 de junio de 1984). En esta línea, el Tribunal declara que «solamente cuando el juzgador tergiversase ostensiblemente las conclusiones periciales o falsee en forma arbitraria sus dictados o extraiga conclusiones absurdas o ilógicas podrá prosperar la impugnación por esta vía». (STS de 20 de febrero de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El demandante solicita la declaración de ser el legítimo titular de los derechos derivados de la obra «Enciclopedia de Zamora», y en especial de su vertiente de álbumes en color cuyo primer volumen corresponde a «El románico en Zamora» y subsiguientemente que dichos derechos han sido conculcados con la publicación del álbum de cromos sobre «El arte en la provincia de Zamora» y ello en razón a tener la parte actora suscritos sus derechos en el Registro de la Propiedad Intelectual.

La demanda fue estimada en orden a la primera declaración, mas no así en cuanto a la segunda, como tampoco respecto a las pretensiones complementarias concernientes a la prohibición de la edición, publicación, distribución y venta del álbum editado por la demandada tanto por la sentencia de primer grado como por la dictada en el recurso de apelación. No ha lugar al recurso de casación. (O.M.B.).

5. DERECHO DE FAMILIA

34. Derecho de visita del progenitor privado de la guarda: Fundamento: Razones de su privación: No lo son el enfrentamiento entre los padres, ni la no concesión de la patria potestad conjunta. Prueba pericial: valoración discrecional.—El derecho de visita constituye continuación o reanudación de la relación paterno-filial, evitando la ruptura, por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre padres e hijos, argumento sólidamente establecido que sólo cede en caso de peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del hijo, circunstancias que no se aprecian en el presente caso; no pueden aducirse las razones que tuvo en cuenta el Tribunal para privar al padre de la patria potestad conjunta, pues una cosa es la inconciliable postura de enfrentamiento de la pareja, que haría sumamente difícil la conjunción deseable en la patria potestad, y otra bien distinta el peligro concreto y real para la salud de la menor, que denuncia la recurrente, o las graves circunstancias a que condiciona la suspensión del derecho de visita el art. 94 Cc., cuya aplicabilidad tampoco encuentra apoyo en los dictámenes técnicos, por otra parte, de apreciación discrecional. (STS de 19 de octubre de 1992; no ha lugar). (G.G.C.).

35. Unión libre *more uxorio*: Consecuencias patrimoniales. Doctrina general.—Sin dejar de reconocer la plena legalidad de toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer, como manifestación del derecho fundamental al «libre desarrollo de la personalidad» del art. 10 CE, y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de la unión matrimonial (art. 39 CE), no es menos cierto que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio (S. del TC 19/1990, de 19 de noviembre, y Auto del TC 156/1987) y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla, en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales entre los convivientes, la normativa reguladora de éste, pues los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron precisamente, en la generalidad de los casos, para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma; por ello entendemos que la normativa reguladora del régimen económico-matrimonial (Tit. III, del Libro IV del Cc.) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero hecho del surgimiento de la misma; ello sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad, no por *analogia legis*, que aquí no se da, sino por *analogia iuris*, de algún determinado régimen económico de los diversos que para el matrimonio regula el citado Título del Cc., siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito, deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos, que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo; por lo que esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial *more uxorio*, por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario, o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso, o por sus *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos (suponemos que a título oneroso), durante la duración de la unión de hecho.

Doctrina jurisprudencial.—No constituyen jurisprudencia para fundamentar un recurso de casación la S. de 1 de junio de 1987 de la AT de Palma de Mallorca y la S. de 21 de abril de 1986 de la AP de Córdoba.

Ausencia de pacto entre convivientes *more uxorio*: Error en la apreciación de la prueba.—Declarado que no existe prueba alguna, directa o indirecta, ni siquiera por vía de presunciones, de que don Juan-Manuel y doña María, conocida por Rosa, al iniciar su relación convivencial, o durante el corto decurso de la misma de poco más de dos años, hubieran pactado el hacer comunes los bienes adquiridos a título oneroso, por alguno de ellos, durante la subsistencia de dicha unión de hecho, no prueba el error de hecho el certificado expedido por el Secretario de la Comunidad de Propietarios, del total ingresado por la vivienda ocupada por los convivien-

tes, sin expresar la persona que efectuó el pago habiéndose demostrado por otros medios que los convivientes ingresaban sus respectivos haberes mensuales en cuentas separadas e independientes, sin aparecer acreditado pago alguno por la actora que pudiera originar, siquiera por razones de equidad, algún derecho al reintegro de las sumas en su caso empleadas. (STS de 21 de octubre de 1992; no ha lugar).

NOTA.—Acertada S. en cuanto al fondo y a las líneas generales de su argumentación en el —oportunamente calificado (5.º FD)— «vidrioso tema de los efectos patrimoniales *inter partes* de la llamada unión libre *more uxorio*, la cual *de lege data* sólo es susceptible de tratamiento individualizado, caso por caso. Por ello en el 2.º FD se recogen minuciosamente los hechos básicos del pleito: varón viudo, con dos hijos menores de edad cuya guarda no ejerce; mujer separada, con dos hijos menores, cuya guarda ostenta el marido; convivencia en el piso propiedad del varón desde agosto de 1984 hasta 1 de octubre de 1986, en que fallece aquél, conviviendo accidentalmente los fines de semana los hijos de cada uno en el mismo piso; cuentas corrientes separadas y distintas, de las que eran titulares cada uno de los convivientes, en que se ingresaban las remuneraciones de cada uno (entre 200.000 y 250.000 ptas. mensuales el varón y 77.000 ptas. la mujer; el piso adquirido antes, de una cooperativa, gravado con hipoteca a la que atendía exclusivamente el varón, su propietario, siendo cancelada a su fallecimiento por un seguro; plaza de garaje adquirida igualmente por el varón con préstamo hipotecario que él sólo atendía; testamento abierto otorgado por aquél, nombrando únicos herederos a sus dos hijos y designando tutor testamentario de los mismos al matrimonio que ejercía la guarda. La ausencia de cualquier pacto, expreso o tácito, entre los convivientes no podía sino conducir al rechazo de las pretensiones de la mujer dirigidas a que se le atribuyese la mitad de todas las adquisiciones y emolumentos del varón obtenidos durante la convivencia.

Alguna observación a la, por lo demás, impecable argumentación: Me parece inadecuado invocar ante los Tribunales ordinarios el art. 39.1 CE, precepto vaciado de contenido en los tres lustros de vigencia de nuestra Carta Magna, que, por un lado, es muestra de la «degradación» sufrida por la institución familiar (cuya protección se coloca a nivel parecido que la del medio ambiente), y que, por otro, nunca ha servido para proteger efectivamente a la familia matrimonial (la S. del TC sobre declaración por separado de los cónyuges en el IRTP se basó en el principio de no discriminación). (G.G.C.).

6. DERECHO DE SUCESIONES

36. Nulidad de testamento por falta de capacidad del testador: No requiere como condición la declaración judicial de incapacidad.— (...) no es preciso ni siquiera que tal declaración judicial exista como condición, ni con anterioridad, ni al tiempo del otorgamiento, ni posteriormente, a los fines de denunciar la nulidad del testamento, por causa de incapacidad del testador, aunque de su concurrencia se deduzcan determinados efectos, que, en el caso presente, no han revestido significación, no obstante, la utilidad de su valoración como un elemento más en el conjunto de los probatorios, dado que si establece el artículo 666 que «para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento», este mandato no impide que una sintomatología manifestada, abruptamente, con posterioridad, sirva como explicación de trastornos antecedentes de la conducta.

Apreciación de la capacidad del testador. Cuestión de hecho.— (...) el estado mental del testador tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia que valora la prueba pericial sin más pautas que la regla de la sana crítica (SS de 18 de diciembre de 1958, 19 de enero de 1960 y 7 de febrero de 1967).

La presunción de capacidad en el testador hecha por el notario puede ser destruida por ulteriores pruebas.— (...) la presunción de capacidad del testador, siempre destacada por la jurisprudencia (S. de 30 de abril de 1920) aunque con valor *iuris tantum* (SS de 8 de mayo de 1922, 25 de octubre de 1928 y 23 de marzo de 1944), que admite, por propia definición, pese a su rango de fuerte presunción, que se destruya por pruebas, cumplidas y convincentes, demostrativas de que en el acto de otorgar testamento el testador no se hallaba en su cabal juicio, pues la declaración que en este sentido revisorio, hagan los tribunales no pugna con el juicio equivocado que de buena fe pudieran formar el notario y los testigos sobre la dicha capacidad en el acto del otorgamiento (S. de 16 de febrero de 1945), conforme, además, resulta, según destacó la sentencia de 23 de marzo de 1940, de la misma dicción del Código, que, en su segunda edición, sustituyó la expresión «deberán asegurarse» (de la capacidad), referida al notario y los testigos, por la de «procurarán asegurarse», que no exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza. (STS de 22 de junio de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—La Audiencia Provincial de Bilbao, desestimando el recurso de apelación, confirmó la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia en la que se declaraba nulo el testamento otorgado por F.J.L.G. por falta de capacidad del testador para tal otorgamiento. Ambas sentencias de instancia basan sus conclusiones en el exhaustivo informe emitido por tres peritos médicos en el que afirman «no albergar dudas sobre el estado de incapacidad que aque-

jaba al testador en el momento de otorgar el testamento». El Tribunal Supremo no dio lugar a la casación. (A.R.M.).

37. Legado de cosa ajena. Fuero de Ayala. Aplicación supletoria del Código civil.—El artículo 62 y el 63, que integran la legislación civil de la tierra de Ayala (dentro del Libro 2.º de la Compilación de Vizcaya y Álava), lo único que prescriben es la necesidad de respetar, con poco o con mucho, la legítima de los herederos forzosos o legales, no regulan, ni mucho menos prohíben, que los testadores puedan hacer un legado de cosa ajena (conociendo la ajeneidad de la misma) o de cosa propia de alguno de los herederos o legatarios, ante cuya falta de regulación por parte de la legislación especial ha de acudir necesariamente a la normativa del Código civil, conforme establecen expresamente el artículo 13.2 de dicho Código y la Disposición final segunda de la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Álava.

El legado de cosa propia del heredero o legatario gravado no exige conocimiento de la alienidad.—Según se desprende de los precedentes históricos del citado artículo 863, es criterio doctrinal dominante, que esta Sala comparte, el de que el legado a un tercero de cosa propia del heredero o de un legatario, que establece y regula el citado precepto, aunque especie del legado de cosa ajena, a que se refieren los artículos 861 y 862, no requiere, a diferencia de éste, que el testador sepa que la cosa legada pertenecía al heredero o legatario gravado con el legado, sino que es eficaz aunque no sepa de quién es la cosa o aunque la crea suya, salvo que habiéndolo ordenado por creerla propia, sea en realidad del gravado y del testamento resulte que no lo habría hecho de haber tenido conocimiento de este extremo (artículo 767 del Código civil). (STS de 19 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Los cónyuges F.G.O. y M.R.O., sometidos a la legislación civil especial de la tierra de Ayala, mediante la correspondiente escritura pública hicieron donación a sus cuatro hijos de varios de sus bienes, concretamente, a una de sus hijas (actora en primera instancia y recurrente en casación) le donaron la nuda-propiedad de la heredad objeto del litigio, reservándose el usufructo de la misma con la facultad de venderla.

Trece años después, por testamentos de iguales fechas, los cónyuges, además de otras disposiciones legaron a otros dos de sus hijos (demandados en primera instancia) la nuda-propiedad de la misma heredad litigiosa, instituyendo herederos a partes iguales en el remanente de sus bienes a sus cuatro hijos.

La sentencia de primera instancia declaró la ineficacia del legado contenido en las cláusulas séptimas de los testamentos de los causantes (padres de los intervinientes en el proceso), que había sido solicitada por la demandante-donataria. La Audiencia declaró válido

el mencionado legado, condenando a la apelada a entregar a los apelantes la nuda-propiedad de la heredad. No prospera el recurso de casación. (A.R.M.).

II. DERECHO MERCANTIL

38. Contrato de corretaje. Naturaleza jurídica. Autonomía de la voluntad.—El contrato de corretaje o mediación es un contrato atípico que normalmente puede encuadrarse en el *facio ut des*, pero que, regido por la autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código civil) no impide la inclusión de pactos válidos, cual el expreso de exclusividad durante un tiempo determinado y en las circunstancias que se concreten, pudiendo establecerse obligaciones de futuro sin que ello sea contrario a las leyes, a la moral o al orden público, máxime cuando se especifican y concretan de manera que no llegan a constituir un contrato de agencia, aunque parcialmente puedan asimilarse a él. (STS de 24 de junio de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Una entidad mercantil promueve contra otra demanda sobre reclamación de cantidad, fruto del impago de unas cantidades que se generaron a partir del contrato celebrado con ella. El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda, al considerar que existía un contrato de mediación o corretaje, en virtud del cual la demandada se obligaba a pagar una remuneración —comisión— a la parte actora por la actividad realizada por ésta, encaminada a ponerla en relación con un tercero —empresa extranjera—, a fin de concertar un contrato determinado.

La Audiencia aprecia parcialmente el recurso entablado por la parte condenada, al reducir la cuantía solicitada. No prospera el recurso de casación planteado por esta última. (J.A.M.M.).

39. El contrato que establece la incorporación de un Directivo al Consejo de Administración, no es de los denominados de Alta Dirección.—Como señala la Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 1988, cuando un directivo se ha incorporado al Consejo de Administración de la sociedad, realizando sus funciones como comisionado de él y no otras, ese contrato no es de los clasificados como de Alta Dirección por lo que no está sujeto al RD 1382/1985, de 1 de agosto.

Inaplicación de las normas que rigen los contratos de personal de Alta Dirección (RD 1382/1985) a los miembros del Consejo de Administración.—«En modo alguno se puede aplicar ni por analogía en una relación entre la sociedad y un miembro del Consejo de Administración las normas que rigen los contratos de personal de Alta Dirección, entre ellas,

el artículo 11 del RD 1382/1985, que faculta al empresario a desistir del contrato, teniendo en estos casos derecho el alto directivo a las indemnizaciones pactadas en el contrato.»

Carácter imperativo de los artículos 77-1.º y 74 de la LSA.—La cláusula de un contrato en virtud de la cual se ha de pagar indemnización, en razón de la revocación de un Consejero Delegado, fuera de las previsiones de los estatutos sobre retribución de los administradores vulneran el artículo 74 de la «Ley de Sociedades Anónimas». Siendo los artículos 77-1.º y 74 preceptos de clara naturaleza imperativa, su falta de observancia conlleva la nulidad radical de los pactos que los contraríen, por lo que puede ser apreciada de oficio. (STS de 30 de diciembre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—El Recurso tiene como base un contrato en el que una sociedad requiere los servicios de F.F.D. «para ejercer el cargo de Director General, y una vez ratificado dicho contrato por el Consejo de Administración de la Compañía, el de Consejero Delegado con máximos poderes ejecutivos, dependiendo del referido órgano administrador». En una de sus cláusulas se estipulaba la indemnización que correspondería al mismo en el supuesto de que la SA no cumplierse estrictamente dicho contrato o lo resolviese con anterioridad al vencimiento del plazo convenido.

Ante esto, plantea la recurrente la cuestión de si en nuestro ordenamiento pueden estimarse como válidas las cláusulas preparadas por los propios administradores de las sociedades, que prevén cuantiosas remuneraciones para el supuesto de que sean removidos de sus cargos. (I.H.M.).

40. Seguro de responsabilidad civil: Daños no cubiertos por seguro obligatorio y voluntario. Robo de vehículo por desconocido y lesiones sufridas por tercero que persigue al ladrón y resulta atropellado por él.—El siniestro se produjo a consecuencia del atropello sufrido por el actor, y ocasionado por el vehículo asegurado en la Compañía demandada al intentar evitar la sustracción del mismo por el ladrón que entonces lo conducía y que no fue localizado, a pesar de que se tramitaron diligencias penales en su día sobreesidas; en la póliza de seguro voluntario se excluyen los daños materiales y corporales producidos a terceros cuando el vehículo haya sido robado o hurtado, sin perjuicio de la indemnización que corresponda efectuar al Consorcio de Compensación de Seguros; en el objeto de la cobertura del seguro de responsabilidad civil se dice que el asegurador garantiza, con el ámbito y hasta el límite pactado en las condiciones particulares de esta póliza, el pago de las indemnizaciones que sean condenados a satisfacer, el asegurado o el conductor autorizado y legalmente habilitado, a consecuencia de la responsabilidad civil extracontractual derivada de los daños causados a terceros con motivo de la circulación del vehículo espe-

cificado en la póliza; todo ello conduce a declarar que el daño reclamado no está cubierto por las referidas pólizas.

El seguro presupone responsabilidad civil del asegurado.—La esencia del seguro de responsabilidad civil, tal como resulta del art. 73 de la Ley de 1980, demuestra que en el origen de la responsabilidad en que haya incurrido el asegurado habrá de encontrarse un elemento de culpabilidad, y de su correspondiente reprobabilidad, y en el presente caso se produce una absoluta ausencia participativa en el siniestro del asegurado.

Inaplicabilidad del art. 3.º Ley 1980.—Este precepto no se refiere a cualquier condición general del seguro, o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad para la aseguradora, sino, en concreto, a aquellas «cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados», y mal puede entenderse que la no cobertura de los siniestros, con daños o lesiones a terceros, producidos por otras personas distintas al asegurado, y con las que carece de vinculación alguna, limite los derechos de tales asegurados; hipótesis distintas de las contempladas en la S. de 9 de noviembre de 1990 (exclusión de siniestros causados por la mala fe del asegurado) y en la de 29 de abril de 1991 (asegurado que conduce en estado de embriaguez).

La jurisprudencia penal no es invocable ante la Sala 1.ª.—Las sentencias de la Sala 2.ª TS que sostienen tesis contrarias a la aquí mantenida, no valen como precedente por la independencia funcional recogida, entre otras, en S. de 12 de marzo de 1992, según la cual las sentencias penales sólo obligan al juez civil en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define y castiga, por lo que las declaraciones o ponderaciones civiles en la sentencia penal carecen de fuerza en la jurisdicción civil. (STS de 16 de octubre de 1992; no ha lugar).

NOTA.—Con acierto en el último FD se alude a «las circunstancias lamentables de producción del evento dañoso para el actor»... «resaltando su actitud cívica y de solidaridad social», pero parece evidente que el cauce elegido no es el adecuado para obtener la reparación del daño sufrido.

En el recurso, además de invocarse violación del art. 3.º Ley 1980, se mencionaba expresamente el art. 10 de la LGDCU de 1984, respecto de la cual nada argumenta la S. extractada. ¿Habría que entender que declarada la inestimabilidad de la primera implícitamente se declara la de la segunda? Creo, sin embargo, que se trata de dos preceptos bien diferentes por su ámbito de aplicación y finalidad. (G.G.C.).

41. Contrato de seguro. Acción directa.—Los actores no se hallaban facultados para interponer su acción de manera directa contra la entidad aseguradora, tesis escasamente comprensible si tenemos en cuenta que, tanto

antes de la vigencia del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, y en gracia a una reiterada doctrina jurisprudencial, como con posterioridad a la inclusión de dicha doctrina en el aludido precepto, era posible a los perjudicados ejercitar su acción de manera directa contra la compañía aseguradora, sin que, repetimos una vez más, supusiese obstáculo a ello el anterior ejercicio de una acción de reclamación de los daños cubiertos por el seguro obligatorio.

Costas.—Cuándo una resolución judicial impone a una de las partes el abono de las costas causadas por la otra, medida esta que encuentra su razón de ser, no sólo en la conveniencia de sancionar a la parte que, al ejercitar la acción o al defenderse en el correspondiente procedimiento transgredió las normas de la buena fe, sino también en una más acabada tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos por los Tribunales de Justicia, es lógico concluir que es la parte condenada en costas la obligada al abono de las incluidas en la tasación efectuada por el Secretario judicial, en la que, lógicamente, se incluirán los honorarios devengados por los profesionales que defendieron a la parte contraria, supuesto este absolutamente coincidente con el contemplado en el presente recurso y que obliga a la expresa desestimación de este cuarto motivo. (STS de 23 de octubre de 1992; no ha lugar).

42. Seguro: Acción directa del tercero perjudicado contra el asegurador.—Demostrada la culpa del asegurado, la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario no es oponible a la acción del tercero perjudicado frente al asegurador: la solidaridad de los posibles responsables no implica que necesariamente tengan que ser demandados todos los participantes en el accidente. (STS de 24 de junio de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—A causa de un accidente, el usuario de cierto vehículo asegurado resultó lesionado, ejercitando acción directa contra la aseguradora del mismo. El accidente consistió en la colisión de dos automóviles debida a la negligencia del conductor del vehículo asegurado por la compañía demandada. (C.J.D.).

43. Consorcio de Compensación de Seguros.—El Consorcio de Compensación de Seguros viene a sustituir al antiguo Fondo Nacional de Garantía en sus funciones, limitándose su cobertura al seguro obligatorio. A estos efectos, declara la Sala no ser vinculante la doctrina de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que manifiesta la posibilidad de extender al seguro voluntario la cobertura del Consorcio. (STS de 12 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Tras un accidente que costó la vida a tres personas y causó graves lesiones a una cuarta, se reclamó indemnización por

daños y perjuicios. Estando la compañía aseguradora en liquidación, se subrogó en su lugar el Consorcio de Compensación de Seguros. (C.J.D.).

44. Las denominaciones semejantes en las marcas.—Es doctrina del Tribunal Supremo que al no señalar la ley cuáles son las reglas que han de ser tenidas en cuenta para determinar cuándo dos denominaciones son semejantes en materia de marcas, será el tribunal quien lo establezca en cada caso según su criterio. Éste ha de ser respetado en casación siempre y cuando sea conforme a la razón. Para el estudio de la similitud entre denominaciones se requiere que haya coincidencias fonéticas y vayan dirigidas a identificar a una misma clase de productos, de tal forma que pueda haber riesgo de confusión.

La indemnización de daños y perjuicios.—Para que proceda una indemnización por daños y perjuicios es necesario probar efectivamente su existencia, la carga de la prueba corre a cargo de quien la solicite. (STS de 14 de octubre de 1992; ha lugar).

HECHOS.—Frigo, S.A., presenta demanda contra Derivados Lácteos y Alimenticios, S.A., solicitando la no utilización de la denominación «Vienetta» para el mismo producto. En demanda reconvenzional se solicita la declaración de nulidad de la marca «Vienetta» por ser semejante a la marca «Las Vienesas», registrada con anterioridad por Derivados Lácteos. La Primera Instancia estima la demanda y desestima la reconvencción. La Audiencia confirma la sentencia. El Tribunal Supremo admite parcialmente el recurso no condenando al demandado a indemnización de daños y perjuicios. (L.S.M.P.).

45. El nombre comercial no inscrito.—Conforme al Estatuto de la Propiedad Industrial, la inscripción en el Registro del nombre comercial es potestativa. Dicha inscripción evita que en el futuro se pueda utilizar otro nombre idéntico o semejante.

La marca registrada y el nombre.—El titular de una marca inscrita en el registro posee un derecho de explotación exclusiva en todo el territorio nacional, según el cual, el distintivo no puede ser utilizado por otro, bien sea en concepto de marca, nombre comercial o rótulo mercantil. El Estatuto de la Propiedad Industrial impide la inscripción de un nombre comercial que sea idéntico o semejante a una marca anteriormente registrada. Por tanto, en el caso de que exista identidad entre una marca inscrita en el RPI y un nombre comercial que haya sido utilizado por una persona distinta al titular de la marca, la LM de 1988 da prioridad y uso exclusivo del distintivo al titular de la marca.

La denominación de carácter genérico.—Para determinar si una denominación tiene el carácter de genérico, se ha de estar a la prueba que en cada caso se practique. Si se emplean expresiones y partículas que pertenecen al idioma castellano, carentes de una connotación diferenciadora, nos hallaremos ante denominaciones de carácter genérico. Pero si se trata de expresiones que provienen de un idioma extranjero, que además no tienen un uso generalizado y que cuando se inscribieron reunían las circunstancias individualizadoras que suponían una aportación creadora distinta de las existentes, en este supuesto nos hallaremos ante denominaciones que pueden ser registradas.

La agregación de vocablos a la denominación preexistente.—El Estatuto de la Propiedad Industrial prohíbe las denominaciones ya registradas, suprimiéndolas o agregándoles cualquier vocablo, ya que pueden inducir a confusión. (STS de 15 de octubre de 1992; ha lugar).

HECHOS.—La entidad Atlantis Mundo Acuático, S.A., presentó demanda contra Aquapark Mallorca, S.A., solicitando que se abstuviese de utilizar la denominación «Aquapark» o cualquier otra denominación que resulte confundible con la marca «Aquapark» de la entidad demandante, como rótulo de establecimiento, nombre comercial o marca. Aquapark Mallorca por su parte presenta demanda reconvenicional. En Primera Instancia se estima la demanda presentada por la actora, negando el derecho a utilizar el distintivo «Aquapark» en concepto de nombre comercial, rótulo de establecimiento y marca; se desestima la demanda reconvenicional. La Audiencia revoca parcialmente la sentencia, prohibiendo la utilización del distintivo Aquapark o cualquier otro que resulte confundible, como marca o como rótulo de establecimiento, pero no como nombre comercial. El Tribunal Supremo anula y casa la sentencia confirmando la dictada en Primera Instancia. (L.S.M.P.).

46. Derecho de información de los accionistas.—Si los accionistas son además consejeros de la sociedad no pueden alegar la falta de información a que se refiere el art. 65 LSA. No obstante se ha de cumplir la información a que se refiere el art. 110 de dicho texto legal, sobre todo si queda probada la inasistencia de los socios consejeros al Consejo de Administración que aprobó el Balance, la Memoria y la Cuenta de Resultados, y que no tuvieron conocimiento de estos documentos antes de la celebración de la Junta. El art. 110 LSA establece la obligación de poner tales documentos a disposición de los accionistas en el domicilio social, dicha obligación no se ve cumplida si ante la insistencia en la petición de exhibición de los documentos, a través de requerimiento notarial, no se produce la misma.

Error en la apreciación de la prueba.—El error en la apreciación de la prueba, contemplado en el apartado 4.º del art. 1.692 de la LEC, no

permite volver a examinar y hacer una nueva valoración de las pruebas practicadas en el proceso (STS de 19 de mayo de 1992); sino que se debe limitar a acreditar el desconocimiento fáctico de un documento y el contenido que se le atribuye. (STS de 15 de octubre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Dos accionistas-consejeros de Estudio 2000, S.A., presentan demanda de impugnación de acuerdos sociales. Fundándose en la falta de información que corresponde a los accionistas, solicitan la declaración de nulidad del acuerdo de aprobación de Memoria, Balance, Cuenta de Resultados y de distribución de beneficios del ejercicio de 1987. En Primera Instancia se desestima la demanda. La Audiencia declara la nulidad e ineficacia de dichos acuerdos sociales.

NOTA.—El caso fue resuelto conforme a la Ley de Sociedades Anónimas de 1951. La LSA de 1989 establece en su art. 212 que desde el momento en que se convoca Junta general para la aprobación de las cuentas anuales, cualquier accionista podrá obtener de forma inmediata y gratuita los documentos que se van a someter a aprobación, así como el informe de los auditores. Además este derecho de los accionistas ha de ser mencionado en la convocatoria, a diferencia del art. 110 de la LSA de 1951, que simplemente obligaba al Consejo a poner a disposición de los accionistas los documentos en el domicilio social 15 días antes de la celebración de la Junta.

Por su parte, el derecho general de información que corresponde al accionista y venía recogido en el art. 65 de la anterior ley, se encuentra en el art. 112 de la LSA de 1989. (*L.S.M.P.*).

III. DERECHO PROCESAL

47. Tutela judicial efectiva. Motivación de las sentencias.—El derecho a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en derecho y no manifiestamente arbitraria o irrazonable, aunque la fundamentación jurídica pueda estimarse disintente o respecto de ella puedan formularse reparos (SS del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 1990 y 14 de enero de 1991), habiendo sido matizado este derecho a la motivación por la doctrina constitucional en el sentido de que no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fun-

damentadores de la decisión (Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de enero de 1991) (**STS de 20 de junio de 1992**; ha lugar).

HECHOS.—Partiendo de un contrato privado de constitución de sociedad civil irregular, celebrado entre los actores y la demandada, la parte actora interpuso demanda solicitando que fuera declarada su validez y se hiciera efectivo entre las partes y en todos sus términos, y como consecuencia de ello, que se declarase entre otros extremos, la obligación de la demandada de otorgar con los referidos actores, escritura pública de constitución de una sociedad anónima, que sustituyera a la constituida en forma irregular. Asimismo se solicitaba que se declarase que el capital de la sociedad anónima estuviera constituido por el que resulte del cierre del balance de la sociedad anterior, y que el capital social de la sociedad anónima a constituir debiera subscribirse por los litigantes en la misma proporción que en la sociedad privada.

El Juzgado de Primera Instancia apreció íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la anterior decisión. Interpuesto recurso de casación, fundado en la violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución por entender que la sentencia de instancia no está motivada, el Tribunal Supremo aprecia el recurso, acordando la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial para que se proceda a dictar nueva sentencia. (*J.A.M.M.*).

48. Motivación de las sentencias.—En el cumplimiento de la exigencia de motivación de las sentencias no es importante la extensión o brevedad del razonamiento, sino que la decisión adoptada se base en una interpretación correcta del derecho. Si el Tribunal de apelación estima que el razonamiento de la sentencia dictada por el de instancia ha sido correcto, no es necesario que al confirmarla los repita, basta que corrija los extremos que estime necesarios.

Tutela judicial efectiva.—La tutela judicial efectiva queda satisfecha cuando se obtiene una resolución fundada en derecho, aunque tal resolución declare la inadmisión o la inadecuación del procedimiento, ya que puede reproducirse la pretensión una vez salvado el defecto. (**STS de la Sala 1.^a de 16 de octubre de 1992**).

HECHOS.—En 1977 se constituye la Sociedad Anónima Faustino Ortiz, en la que poseen acciones tanto el matrimonio formado por Faustino Ortiz y María Moreno como las hijas de éstos juntamente con sus esposos. En los estatutos de esta sociedad se fija que las discrepancias entre los socios y entre éstos y la sociedad se dirimirán en juicio de arbitraje de equidad.

En junta de 5 de julio de 1987 se modificó el artículo 2 de los estatutos sociales con la oposición de las hijas, las cuales, intentando separarse de la sociedad, instaron la formulación judicial del arbitraje. Su demanda fue rechazada por falta de personalidad de las actoras, al no haber comparecido junto con sus esposos. Las solicitantes, ya en unión de sus esposos, formularon en juicio declarativo de menor cuantía la formalización del compromiso de arbitraje. El juzgado de primera instancia dicta auto en el que acoge la excepción alegada por los demandados de inadecuación del procedimiento ya que la formalización judicial del arbitraje tiene carácter autónomo, especial y necesario, por lo que al haberse rechazado la primera demanda presentada por falta de personalidad de las demandantes, sin entrar en el fondo del asunto, no se agota el trámite previsto en la Ley especial. (I.S.P.).

49. Territorialidad de las normas procesales y aplicación de la norma material extranjera.—No debe confundirse la remisión que el art. 9.8 Cc. hace a la norma material extranjera (en materia de sucesión por causa de muerte) con la aplicación de la norma procesal española que, por imperativo del art. 8.2 Cc., deberán aplicar los órganos jurisdiccionales españoles. Por tanto, sea cual fuere la ley sustantiva aplicada, el órgano de apelación español no infringe las normas de conflicto previstas en el Código civil cuando se niega a aceptar el recurso en base a una norma procesal española (en este caso el art. 359 LEC, que prohíbe la incongruencia de las sentencias).

Invocación en territorio español del derecho extranjero.—La norma material extranjera no puede aplicarse de oficio por los órganos de jurisdicción españoles, «al menos (...) respecto de bienes radicados en España». Como es sabido, quien la invocare deberá aportar acreditación suficiente de su «contenido y vigencia» (art. 12.6 Cc.). El Tribunal Supremo se muestra riguroso, afirmando que no es suficiente enumerar los preceptos en un informe pericial, sino que debe detallarse su contenido y acreditarse su vigencia conforme a las exigencias del art. 12 del Código civil. (STS de 23 de octubre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Las partes, de nacionalidad belga como el causahabiente, formulan demanda y reconvencción ante los órganos jurisdiccionales españoles por cuestiones de herencia que afectan a bienes sitos en España. Recaída sentencia en Primera Instancia, los herederos legítimos interponen recurso de apelación, limitándose a solicitar que, en ejecución de sentencia, se formule inventario de los bienes pertenecientes a la herencia, tal y como está dispuesto por el derecho belga invocado en el escrito de demanda.

La Audiencia desestima la demanda, argumentando que dicha pretensión no fue objeto del pleito y, por tanto, estimarla implicaría

incongruencia del Tribunal. Los demandantes recurrieron en casación alegando, básicamente, haberse infringido las normas de conflicto previstas por el Código civil español. (C.J.D.).

50. Proceso de error judicial. Plazos.—Es doctrina declarada la conculiente a que la interposición de un recurso improcedente no actúa como causa interruptiva del plazo de caducidad del art. 293.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, toda vez que semejante doctrina, por su carácter rigorista-formal, no debe ser objeto de aplicación extensiva.

Compilación de Aragón. Responsabilidad conyugal por deudas.—Los cónyuges deben satisfacer las deudas vencidas y asegurar las pendientes, antes de proceder a la liquidación y división de la comunidad económica. (STS de 18 de abril de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—La parte actora formula demanda de error judicial contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza —confirmatoria de la emitida en Primera Instancia— y que fue dictada en juicio ejecutivo de menor cuantía con embargo por el Banco de Vizcaya de un inmueble de la demandante. No prospera el recurso de casación. (J.A.M.M.).

51. Recurso de revisión.—Recopilando la reiterada doctrina mantenida por la Sala acerca del recurso de revisión, conviene decir que «por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza, requiere que la interpretación de los supuestos que le integran, haya de realizarse con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, con quebrantamiento del principio de autoridad de la cosa juzgada, sin que sea posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada, ni pretender una nueva instancia, con un nuevo análisis de la cuestión debatida y resuelta», «ha de interponerse en el plazo de tres meses contados desde que se descubrieron los documentos, o el fraude, o la declaración de falsedad, y no hayan transcurrido cinco años desde que se publicó la sentencia, y dicho plazo de tres meses es de caducidad, rigiéndose su cómputo por el art. 5 del Código civil «y» la maquinación fraudulenta precisa la prueba cumplida de hechos que, por sí mismos, evidencien que la sentencia ha sido ganada por medio de ardidés o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial, pudiendo comprender bajo el término «maquinaciones fraudulentas» todas aquellas actividades de la actora que vayan dirigidas a dificultar u ocultar al demandado la iniciación del juicio con objeto de obstaculizar su defensa, asegurando así el éxito de la demanda», doctrina

la expuesta que se encuentra recogida, entre otras, en las sentencias de 3 de mayo, 6 de junio y 25 de septiembre de 1968; 23 de febrero de 1976, 30 de mayo de 1980; 15 de abril de 1981; 1 de febrero de 1982; 18 de enero, 23 de noviembre y 2 de diciembre de 1983; 30 de enero y 22 de marzo de 1984; 14 de julio de 1986; 3 de marzo, 7 de abril y 19 de mayo de 1987; 14 de julio, 3 de noviembre y 21 de diciembre de 1988; 16 de marzo, 5 de abril y 12 de julio de 1989; 24 de diciembre de 1990; 7 de mayo de 1991, y 25 de mayo y 8 de junio de 1992, y, asimismo, es doctrina de la Sala la relativa a que en atención a que los artículos 1.796 y 1.797 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo permiten este excepcional y extraordinario recurso frente a una sentencia firme, o sea, contra la que no quepa ya medio impugnatorio alguno, tal condición de firmeza no es predicable para las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos, ya que, conforme establece el artículo 1.479 del texto legal indicado, no producen la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión, de cuya doctrina son exponentes las sentencias de 20 de octubre y 31 de diciembre de 1990. (STS de 25 de junio de 1992; no ha lugar).

52. Competencia de jurisdicción en los recursos de apelación comenzados con anterioridad a la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, y terminados con posterioridad.— (...) desaparecidas las Audiencias Territoriales, en cumplimiento de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial, las nuevas Secciones de la Audiencia Provincial radicada en la misma localidad (en que quedaron convertidas las Salas de lo Civil de dichas Audiencias Territoriales) hubieron de seguir conociendo y resolver los recursos de apelación que ya estaban en trámite ante las expresadas Salas de lo Civil, conforme estableció el artículo 56.3 de la citada Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial.

Fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos: artículo 1.248 del Código civil.—Es reiterada doctrina de esta Sala (SS de 8 y 14 de julio y 8 de noviembre de 1989, 30 de noviembre de 1990, entre otras) la de que el artículo 1.248 del Código civil contiene sólo una norma admonitiva, no preceptiva, ni valorativa de prueba, y el mismo, así como el artículo 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, facultan al juzgador de la instancia para apreciar libremente las declaraciones de los testigos según las reglas de la sana crítica, por lo que la valoración que haga del resultado de dicha prueba no es revisable en casación, al no hallarse las reglas de la sana crítica reguladas o consignadas en precepto alguno que pueda invocarse como infringido.

Artículo 1.249: error en la apreciación del hecho-base.—Como tiene reiteradamente declarado esta Sala (Sentencias de 26 de julio de 1985, 25 de octubre de 1986, 12 de febrero de 1987, 25 de enero y 5 de febrero de 1988, 16 de febrero de 1989, 11 de octubre de 1990, 20 de noviembre de

1991, entre otras), la supuesta infracción del artículo 1.249 del Código civil, en cuanto se refiere al hecho-base o hecho demostrado, ha de hacerse por la vía del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con cita del documento o documentos (de los obrantes en autos) que, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, evidencien de modo patente, directo e inequívoco (litosuficiencia) el error de hecho en la apreciación de la prueba que se dice cometido, requisito inexcusable que no parece cumplido en este supuesto litigioso, pues la recurrente trata de basarse exclusivamente en su particular, subjetivo e interesado criterio valorativo de la prueba testifical para considerar probado el hecho-base.

Presupuesto previo para la aplicación del artículo 1.253 del Código civil.—La posible aplicación del artículo 1.253 del Código civil exige como presupuesto previo y soporte fáctico ineludible, que esté completamente acreditado el hecho-base del que, según las reglas del criterio humano, que no son otras que las del raciocinio lógico, haya de inferirse el hecho deducido o hecho consecuencia, lo que no cabe en el presente supuesto litigioso, pues al no aparecer probado el hecho-base, no cabe la posibilidad lógica, ni jurídica, de inferir por la vía de la llamada *presumptio hominis* o *presumptio facti* la existencia del hecho deducido o hecho-consecuencia.

Principio jurídico del enriquecimiento injusto.— (...) el primero de los requisitos que condicionan la virtualidad reparatoria del instituto jurídico del enriquecimiento injusto es el del beneficio económico (por lucro emergente o daño cesante) obtenido por parte del supuestamente enriquecido. (STS de 2 de marzo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Las entidades Mercoebro, S.A., y Mercorsa formularon demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra la Sociedad Agraria de Transformación Dealfaro, S.L., en reclamación de cantidad, basando su pretensión en que ellas vendieron productos propios de su tráfico mercantil a F.B.C. y a O.G.A. y que dichos señores, en vez de pagarles a ellas (las actoras) las cantidades correspondientes, se las habían pagado a la demandada. La demanda fue estimada en Primera Instancia. En grado de apelación la Audiencia Provincial de Burgos revocó la sentencia de primer grado, desestimando la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (A.R.M.).

53. Recurso de apelación como segunda instancia.—En relación con el principio de congruencia que han de respetar las sentencias y los límites del recurso de apelación, es doctrina reiterada de esta Sala, de la que son manifestación, entre otras, las sentencias de 28 de noviembre y 2 de diciembre de 1983, 6 de marzo de 1984, 20 de mayo y 7 de julio de 1986 y 19 de julio de 1989, la de que no pueden tenerse en cuenta, a fin de decidir sobre ellas, las pretensiones formuladas en el acto de la vista del

recurso de apelación, al ser trámite no procedente a tal propósito, pues el recurso de apelación aunque permite al Tribunal de segundo grado conocer en su integridad del proceso, no constituye un nuevo juicio ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintos de los planteados en la primera instancia, dado que a ello se opone el principio general de derecho *pendente appellatione, nihil innovetur*. (STS de 21 de abril de 1992; no ha lugar) (J.B.D.).

54. Demanda infundada.—El artículo 1.902 del Código civil permite solicitar resarcimiento de daños y perjuicios a aquel que sufre la actividad procesal de un tercero. Dicha actividad ha de ser considerada abusiva, maliciosa o negligente; tal es el caso de las demandas infundadas, así como las impugnaciones y recursos empleados con el único fin de retardar un procedimiento. (STS de 13 de octubre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.—Don Asensio Bernal presentó demanda contra el Banco Español de Crédito, solicitando una cantidad de dinero en concepto de daños y perjuicios debido a la actuación abusiva de dicha entidad al retrasar la aprobación del convenio derivado del expediente de suspensión de pagos que se seguía contra él. (L.S.M.P.).