

II. SENTENCIAS

A cargo de: Ricardo DE ANGEL YAGUEZ
Diego ARENAS GOMEZ
José BONET CORREA
Jorge CARAMES
Luis Humberto CLAVERIA GOSALBEZ
Gabriel GARCIA CANTERO
Antonio GORDILLO CAÑAS
Asunción MARIN VELARDE,
Pilar MOLINA HERRERUELO
Evelia MUÑOZ SANCHEZ REYES
Luis FELIPE RAGEL SANCHEZ
Luis ROJO AJURIA

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

1. *Congruencia.*—La congruencia no supone una conformidad literal y rígida a las peticiones de las partes, sino racional y flexible, y existe siempre que se guarde la debida adecuación a los presupuestos fácticos de la litis, concordancia que permite hacer el fallo extensible a las lógicas y naturales consecuencias derivadas del tema planteado, así como a todos los puntos que complementen y precisen el mismo y a los que se encuentren implícitos en la controversia (se citan numerosas sentencias al respecto).

Tutela efectiva de los derechos.—La Sala declara haber lugar al recurso y se apoya también en el siguiente razonamiento: «... y de otro lado, a la necesidad de poner término, de una vez, a la cuestión movida entre los litigantes, iniciada con un primer interdicto en que recayó la transacción de 20 de noviembre de 1979 acerca de la cual, en suma, se controvierte, siguiéndose otro juicio de la misma clase, antecedente inmediato del juicio declarativo de mayor cuantía (con incidente sobre autorización para continuar la obra, visto en dos instancias) de que procede el presente recurso, antecedentes que a todas luces desaconsejan que se haya de reproducir de nuevo cuestión tan añeja (la segunda suspensión de la obra nueva data del 19 de septiembre de 1980) y ocasionada a los «enormes perjuicios» a que alude la sentencia del Juzgado en el tercero de sus considerandos: situación contrapuesta a la «tutela efectiva», y por lo mismo temporánea, de los derechos e intereses legítimos de las personas, que, para dar aplicación al artículo 24 de la Constitución, deben impartir los tribunales». (Sentencia de 28 de enero de 1985; ha lugar.)

NOTA.—La invocación del artículo 24 de la Constitución, que la Sala hace a mayor abundamiento, parece oportuna en este caso, que de todas formas resolvía la a nuestro juicio correcta aplicación del principio de congruencia. Pero no podemos dejar de mostrar cierta inquietud por el hecho de que la doctrina o principio de la «tutela efectiva» de los derechos pueda ser elemento distorsionante del principio dispositivo que rige la justicia civil.

R. de A.

2. *Abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo. Propiedad horizontal. Abuso de derecho y ejercicio antisocial del mismo: Diferencias.*—La figura del «abuso» como concepto superador de la fosilizada a la vez que demasiado estricta concepción de los actos de emulación, además de admitida por alguna de nuestras leyes especiales aparece consagrada en la doctrina de esta Sala (S. 14 de febrero de 1944) que la dibuja y caracteriza con claridad a la par que señala los requisitos «de orden moral, teleológico y social» con que deben ser ejercitados los derechos subjetivos por sus titulares, declarando la responsabilidad en que incurren quienes obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho traspase, en realidad, los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para tercero o para la sociedad.

La mención del ejercicio abusivo o antisocial del derecho del art. 7-2.º del Código civil exige señalar, que si bien se trata de conceptos distintos, no obsta que lo cierto sea que sin llegar a su total equiparación, como mantiene un sólido sector doctrinal y la Jurisprudencia anterior a la reforma de 1973, sus diferencias sean tan sutiles, que puede afirmarse que carezcan de trascendencia práctica, no impidiéndose su tratamiento conjunto.

Tales diferencias pueden centrarse, principalmente, en que mientras el «abuso» suele abrir el camino a la idea de una indemnización como lógica consecuencia de la cesión o daño que se provoca en un interés privado, en el «uso antisocial» es más amplio el sujeto perjudicado que puede comprender tanto la comunidad en general, como cualesquiera de los grupos integrantes de la misma.

Elementos característicos del abuso de derecho.—Son señalados como elementos característicos, entre los objetivos, la existencia de una acción u omisión que «sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho»; a su vez, entre los subjetivos, se encuentra *la intentio*, representada por el designio o voluntad de perjudicar o, también por la ausencia de un fin legítimo; y el objeto consistente en la finalidad de originar un perjuicio a otro sin beneficio propio.

El artículo 396 del Código civil. Enumeración de elementos comunes: Carácter enumerativo. Voluntad privada y Ley en el Régimen de Propiedad Horizontal. Título constitutivo, estatutos y negocio de compraventa de piso o local.—La relación de elementos y servicios comunes contenida en el art. 396 del Código civil no es «*numerus clausus*», y sí simplemente enumerativa (SS. 10 de mayo de 1965, 12 de noviembre de 1969, 4 de diciembre de 1972 y 31 de marzo de 1980). Ello conduce a que tal descripción no pertenezca al campo del «*ius cogens*» y sí al del «*ius dispositivum*», habida cuenta de lo dispuesto en el art. 5, 1.º y 2.º de la Ley 49/1960 de 21 de julio, en cuya Exposición de Motivos así también se declara.

Insistiendo en el tema del «*ius dispositivum*» dentro del marco que la Ley de Propiedad Horizontal, debe indicarse, que esta Ley otorga a la voluntad de sus titulares, incluido el propietario único del edificio antes de iniciar su venta por espacios independientes, para instrumentar y delimitar ciertos aspectos de la misma siempre que no alteren o contradigan los principios fundamentales de dicho régimen de propiedad, y así, al amparo del art. 5 de la Ley reguladora es posible la reserva en exclusivo uso de ciertos elementos comunes, ya que el citado artículo autoriza al «propietario único del edificio» para otorgar antes de iniciar su venta por pisos o locales el pertinente «título constitutivo» de dicho régimen jurídico.

Son figuras distintas y perfectamente diferenciadas: el negocio jurídico de compraventa del piso o local; el «título constitutivo» del régimen de propiedad horizontal y «los estatutos», aunque es evidente que los tres conceptos pueden concurrir, tal acontece cuando el «título» se contiene en los estatutos y a su vez aquél se incorpora total o parcialmente al contrato de compraventa, pero ello no les priva de su individualización y caracterología; y desde luego no, provoca que el título pueda calificarse de «contrato de adhesión», naturaleza jurídica ésta de la compraventa de pisos y locales, mas no del título constitutivo que carece de carácter negocial en cuanto que su naturaleza jurídica es de «acto mixto real y convencional, por contener necesariamente supuestos de puro hecho, como intervenir la voluntad de una o varias personas. (Sentencia de 23 de mayo de 1984; no ha lugar.) (A. M. V.)

3. *Actos propios.*—Los actos propios, para ser tenidos como expresión del consentimiento, han de realizarse con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo inalterablemente la situación jurídica del autor de los mismos, como lo tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala (con cita de sentencias). (Sentencia de 21 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

4. *Reclamación de cantidad: Impuesto que grava intereses del préstamo, abonado por prestatario: Prescripción de quince años.*—La acción ejercitada está generada por el derecho a repercutir el pago de un impuesto que grava la percepción de intereses, y que fue satisfecho en su día por el prestatario, a la que debe aplicarse el plazo de quince años, pues como ya dijo la S. de 27 noviembre 1923, ratificada por la S. de 16 mayo 1942, la regla 3.ª del art. 1966 C. c. no es de aplicación al caso en que no se trata de hacer efectivo el importe independientemente de pagos realizables por anualidades o plazos más cortos, sino de la reclamación de su total importe cuya prescripción regula el art. 1.964.

«*Dies a quo*».—El inicio del término prescriptivo ha de contarse desde el día en que la acción pudo ejercitarse conforme al art. 1.969 C. c., y, en consecuencia, no puede situarse en la fecha en que se devengó el impuesto en cada una de sus anualidades, sino en la que se abonó al cancelar la hipoteca.

Congruencia.—El principio de congruencia no exige una acomodación rígida a los pedimentos de los escritos de alegaciones de las partes, que entrañe una identidad absoluta entre lo pedido y lo concedido, sino una conexión entre ambos términos; en el presente caso la conexión se produce cuando la condena al abono de intereses estaba suplicada en la demanda y sobre ella se pronuncia la Sala de instancia aplicando el art. 921 bis de la L. E. C.

Defectos del recurso.—Las normas de carácter fiscal no son aptas para apoyar en ellas un recurso de casación. (Sentencia de 18 octubre 1984; no ha lugar.) (G. G. C.)

5. *Caducidad y prescripción. Diferencias. En la caducidad no cabe interrupción ni suspensión.*—Los diferentes modos de interrumpir la prescripción no son aplicables a los plazos de caducidad, pues la prescripción y la caducidad, aunque sirvan a la finalidad de evitar que permanezcan indefinidamente inciertos los

derechos, ofrecen como nota que las distingue, aparte otras, la de que en la primera el factor tiempo puede ser detenido en su marcha tendente a la extinción si median actos obstativos al designio prescriptivo, lo que no ocurre con la caducidad, en la cual no cabe la interrupción ni la prescripción sino el propio ejercicio del derecho dentro del plazo. Hay que tener en cuenta que la Sala considera que es plazo de caducidad el establecido en el art. 22 de la Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre unificación de reglas para los conocimientos de embarque en los buques mercantes que incorporó a nuestra legislación las normas del Convenio de Bruselas de 25 de agosto de 1924.

Plazo de caducidad. Puede ampliarse por voluntad de las partes.—La Sala establece la interesante doctrina de que el plazo de caducidad puede ser ampliado por la voluntad de las partes, al amparo del artículo 1.255 del Código civil, sin que ello suponga vulneración de la ley, de la moral o del orden público (Sentencia de 30 de mayo de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de la reclamación efectuada por una compañía aseguradora (subrogándose en los derechos de la entidad asegurada, que había sufrido daños en el transporte marítimo de la mercancía asegurada) contra la empresa naviera transportista. La demandante había obtenido de la demandada, antes del pleito, una ampliación del plazo de caducidad el citado artículo de la Ley de 1949 también referida, mediante un telex en que la segunda decía a la primera: «les confirmamos una extensión del período de prescripción hasta 31 de octubre, antes del cual esperamos haberles contestado sobre responsabilidad».

La Sala de instancia había entendido que los plazos de caducidad no son susceptibles de ampliación por pacto, por lo que confirmó la sentencia del Juzgado, desestimatoria de la demanda.

Como es lógico, en su segunda sentencia el Tribunal Supremo revoca la sentencia del Juzgado y estima de la demanda de la entidad aseguradora.

Pero es muy importante que en esta segunda sentencia la Sala ratifica la doctrina establecida ya por la de 9 de diciembre de 1983, dejando definitivamente sentada la idea —por otra parte evidente— de que *el transcurso de los dos meses del artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* (a contar desde el acto de conciliación *no es aplicable a la prescripción extintiva, sino a la usucapión.*

(R. de A.)

6. *Prescripción: Se interrumpe con la presentación de la demanda si ésta es admitida a trámite, aunque no se acompañe certificación del acto de conciliación.*—Admitida la demanda y dispuesto su registro en el libro correspondiente, aunque se supeditase seguir su curso cuando fuese presentada la certificación del acto de conciliación, que entonces (antes de la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil) era preceptivo, se produce el efecto de interrumpir la prescripción.

El incumplimiento por la entidad asegurada de normas administrativas sobre el modo de ejecutar la obra no exime a la aseguradora de sus obligaciones.—Aunque la Sala *a quo* reconoce que la entidad asegurada —contratista de obras— no había cumplido ciertas prescripciones técnicas sobre la ejecución de la obra en que se produjo el accidente (Decreto de 13 de agosto de 1971 y Reglamento de Higiene y Seguridad en el Trabajo), ello no puede servir para generar excusa de

cumplimiento por la entidad aseguradora demandada de sus obligaciones con la entidad asegurada demandante, porque siendo dicha asegurada un ente jurídico, y como de tal índole de característica impersonal en relación con la obra productora de la excavación de la zanja en que se produjo el accidente, pues que no consta, ni tan siquiera se alega, que esa obra fuese dispuesta realizar en la forma en que lo ha sido por representante legal de la expresada asegurada, no puede entenderse como un acto intencional de ésta, cual pretende la aseguradora.

Si bien la póliza excluía del seguro «la responsabilidad civil derivada de actos u omisiones intencionales, fraudulentas o criminales imputables a la entidad asegurada», es sobre la esencial base de que la imputabilidad sea atribuible de hecho a la tan mencionada entidad asegurada, y no, como en el presente caso ocurre, sea atribuible a quienes personalmente, y en su respectiva actividad profesional ejercitada encomendada (sic), dieron causa al siniestro por la realización de la obra de excavación de la zanja aludida en la forma defectuosa en que fue llevada a cabo. (Sentencia de 11 de febrero de 1985; no ha lugar.)

NOTA.—La doctrina expuesta merece, creemos, algún comentario, porque lo que a nuestro juicio determina la obligación de la aseguradora de hacer frente al siniestro determinante de la reclamación de la actora es que no se acreditó que por parte de los técnicos o trabajadores de la demandante hubiera intencionalidad de causar el daño, que es lo que parece que en lógica y en rigurosa interpretación de la cláusula excluyente de la póliza debe ser causa de exención de obligaciones para la aseguradora.

Cierto es que la sociedad anónima —como lo era la actora— es un «ente impersonal» en palabras de la sentencia, y que por ello carece de voluntad que permita hablar de una «intención» por parte de ella, pero no lo es menos que toda sociedad actúa por sus órganos, y que la voluntad de éstos es la de aquélla.

Habría que plantearse el caso, a nuestro juicio, de que el daño fuese producto de la omisión de medidas impuestas reglamentariamente, omisión debida a la voluntad de dañar por parte de un órgano de la sociedad. A nuestro juicio, sería dudoso que en esta hipótesis siguiera manteniéndose la obligación de la aseguradora de indemnizar a la asegurada, en base a la citada doctrina del Supremo.

(R. de A.)

2. Derecho de la persona

7. *Acto celebrado por menor. Ratificación tácita. Extinción de la acción de nulidad.*—Al no existir precepto legal alguno que impida a los mayores de edad la ratificación de los contratos o negocios jurídicos celebrados en el momento de su perfección por persona que fuera menor, dichos contratos ante la posibilidad de su ratificación, no eran inoperantes, al no producir la falta de consentimiento del menor inexistencia absoluta, como origina la incapacidad de los locos y sordomudos. Los menores pueden ratificar los contratos celebrados una vez llegados a la mayoría de edad, ya de manera expresa o bien tácitamente dejando pasar el plazo de los cuatro años que el texto señala para el ejercicio de la acción de nulidad (arts. 1.300 y 1.301 C. c.), criterio ratificado por la Sentencia de 19 de diciembre de 1977 en el sentido, además, de que si bien el consentimiento de los menores no emancipados puede ser impugnado en razón a la prohibición contenida en el art. 1.263 C. c., ello no obsta para que después de haber dejado de serlo puedan confirmar los contratos en consonancia con lo dispuesto en el ar-

título 1.311, ya que la ratificación purga el vicio originario que pudo dar lugar a la nulidad.

La doctrina científica y la legal ha discutido si un acto de disposición realizado por el padre, sin la autorización judicial a que se refería el art. 164 C. c. en su original redacción, era nulo de pleno derecho o simplemente anulable, el criterio de anulabilidad ha prevalecido en supuestos como éste, en el que la conducta de la persona llegada a la mayoría de edad supone una ratificación inequívoca de la autorización que concedió al padre cuando era menor de edad, pues aunque el negocio realizado sin autorización judicial sea otorgado sin poder de disposición, y como tal de por sí totalmente ineficaz, sea o no impugnado, como el defecto consiste en la omisión de una declaración de voluntad, puede ratificarse, por tratarse, en definitiva de un negocio incompleto o imperfecto, aunque no pueda calificarse con propiedad de anulable; y ello, aun prescindiendo de la posible operancia de la prescripción extintiva de la acción de nulidad, al transcurrir los cuatro años siguientes a su mayoría de edad, sin haberla ejercitado. (Sentencia de 21 de mayo de 1984; no ha lugar.) (E. M. S.-R.)

8. *Representación aparente: Doctrina del factor aparente.*—La autorización dada por «Viajes P.» al señor C. para actuar utilizando el título turístico de aquélla, con cesión para el desarrollo de la correspondiente actividad de la oficina de Madrid, uso también de rótulos en autocares, pancartas de guías y cosas semejantes en lo indispensable (por ejemplo, uso de cartas con membrete de la sociedad) revela frente a terceros, de una parte, un comportamiento inductor de que el señor C., actuando por «Viajes P.», tenía adecuadas facultades a tal fin, pues las apariencias consentidas por esa entidad así lo indican, y de otra parte, que ésta, como interesada en la actividad desplegada por el señor C., asumía las obligaciones por éste creadas al respecto, toda vez que el Derecho moderno, respondiendo al referido principio de seguridad en el tráfico que ha de estimarse imperante en el ámbito del Derecho mercantil, tiende a considerar decisivo no el dato de actuar en nombre propio o ajeno, sino el de actuar en interés propio o ajeno, para poder establecer relaciones jurídicas inmediatas entre los realmente interesados (tercero y representado), aunque uno de ellos no sea parte en el contrato. (Sentencia de 28 de junio de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de una sentencia muy interesante, que desarrolla ampliamente la doctrina de la protección de la apariencia, en concreto en su modalidad de representación aparente, por medio de un factor notorio. Echamos de menos la cita del art. 1.717 del Código civil y de la doctrina de la *contemplatio domini ex re vel ex facti circumstantiis* que de él dimana. (R. de A.)

3. Obligaciones y contratos

9. *Reconocimiento de deuda: Promesa de pago fraccionado de honorarios profesionales: Interpretación.*—Según reiterada jurisprudencia, es facultad de los Tribunales de instancia fijar el sentido y alcance de las cláusulas de los contratos, debiendo permanecer su criterio a menos que se patentice que en su labor hermenéutica infringió alguna de las normas interpretativas contenidas en los arts. 1.281 y 1.289 C. c.; en el presente caso, ambas sentencias de instancia son concorden en

interpretar que la cláusula contractual por cuya virtud «El Sr. L. reconoce a favor del Sr. G. A. que le adeuda la suma de un millón seiscientos mil pesetas como consecuencia de unos honorarios profesionales pendientes de liquidación y se compromete a abonarlos mediante ingreso en la cuenta corriente que el Sr. G. A. tiene abierta en la Caja Provincial de Ahorros de G., a razón de 80.000 pesetas mensuales, a partir del próximo 15 de mayo y hasta el día 15 de diciembre de 1980», no introduce condición suspensiva alguna en el reconocimiento de deuda y compromiso de abonarla en los plazos estipulados, cual sería la de que el Sr. L. cobrase a su vez los honorarios pendientes de liquidación de terceros deudores. (Sentencia de 11 octubre 1984; no ha lugar.)

10. *Otorgamiento de escritura pública de compraventa. Obligación facultativa.* El Tribunal Supremo sienta doctrina sobre el concepto de obligación alternativa, en la interpretación de los arts. 1.131 y 1.132 del Código civil. No existe obligación alternativa cuando sólo hay un objeto de la obligación. En el supuesto que se plantea estamos ante una obligación facultativa, o con facultad alternativa, que son aquéllas en que debiéndose un solo objeto, se concede al deudor la facultad de cumplir la obligación entregando un objeto distinto, de tal modo que el deudor puede elegir entre el uno y el otro, mientras que el acreedor no puede exigir más que el objeto debido.

En el caso litigioso no se trató de conceder al comprador varias posibilidades concretas de prestación, sino que tan sólo se ha previsto que la parte del precio no satisfecha (prestación única), garantizada en principio con la condición resolutoria explícita, pudiera serlo también mediante otra modalidad de tutela del crédito, que no aparece específicamente designada por los contratantes, ni menos aún con un derecho de elección entregado a la voluntad libérrima del comprador, sino que, por el contrario, precisaba de ulteriores conversaciones con los recurridos para alcanzar la formación del consentimiento, por lo mismo que la suficiencia de la garantía quedaba sometida al «juicio de los vendedores». (Sentencia de 13 de junio de 1984; ha lugar.) (P. M. H.)

11. *Contrato de obra: Reclamación de cantidades. Iliquidez. Intereses legales.* Lo reclamado no constituye cantidad líquida, toda vez que, como tiene declarado esta Sala de modo reiterado, la cantidad sobre la que han de imponerse los intereses ha de ser líquida, cualidad que no tienen las cantidades que han de determinarse por la resultancia del pleito, como acontece en este caso (SS. 19 diciembre 1951, 31 marzo 1955, 18 noviembre 1960, 25 diciembre 1966, 8 junio 1981); ni aquellos cuyo «quantum» completo se fija como consecuencia de la prueba practicada en el proceso civil (S. 30 marzo 1981), o aquéllas a cuya liquidez se llega en la sentencia recaída, ya que ello demuestra que no lo eran (SS. 8 junio 1981, 15 febrero y 22 abril 1982, 15 octubre 1983). (Sentencia de 3 de julio de 1984; ha lugar.)

NOTA.—Cuando se adjetiva de «líquido» o «ilíquido» a un crédito o a un débito es para hacer saber si su cuantía estaba o no finalmente determinada o cuantitativamente fijada. Mientras que en las relaciones jurídicas dinerarias, las obligaciones pecuniarias o deudas de suma o cantidad, por regla general, son líquidas, ya que el objeto de su prestación viene determinado cuantitativamente de un modo fijo y concreto, en cambio, en las deudas de valor el objeto de su pres-

tación es ilíquido, puesto que su proceso de valoración precisa de una conversión hasta la determinación de su cuantía monetaria.

Resulta, pues, que la cualificación de «liquidez» se concreta dentro del ámbito jurídico-patrimonial y se atribuye cuando una suma de dinero está determinada o es determinable por una simple operación aritmética, como ocurre con las obligaciones o deudas de dinero de una especie monetaria concreta (bien sea nacional o extranjera); por tanto, la liquidez reclama unas características de seguridad y fijeza cuantitativa en la relación jurídica de débito o crédito. De aquí que, cuando el «quantum», o cuantía del objeto de la prestación, es discutible, depende de criterios de valoración diferentes o tan sólo resulta concretado provisionalmente, por lo que se dice que es «ilíquido». Para lograr la liquidez de un crédito, o una deuda ilíquida, es necesario un proceso o procedimiento de concreción estimativo que proceda a establecer una cuantía monetaria determinada y fija.

Una vez lograda la determinación y fijeza de la cuantía o suma monetaria, su consecuencia jurídica más inmediata es la de producir «intereses», o sea, los réditos o rendimientos económicos que se derivan de su naturaleza en cuanto dinero, o sea, por ser la unidad de medida del valor patrimonial, por ser un instrumento de cambio, por realizar la función de pago y por contener un potencial de acumulación de valor o capacidad de ahorro.

Mientras que de modo general, y si no resulta de naturaleza propia de la obligación, los intereses civiles han de ser pactados por las partes contratantes, (arts. 1.108 y 1.755 del C. c.), los legales (art. 1.108 y 1.109 C. c.) [El concepto de «interés legal», gramatical y jurídicamente entendido, se refiere siempre al producto o provecho que devenga un capital en dinero (S. 27 octubre 1944) y los de naturaleza mercantil (arts. 314 y 315 C. c.) [El art. 63 del Código de comercio establece la presunción de que los comerciantes no tienen nunca voluntariamente improductivo su capital (S. 15 noviembre 1977) se entienden implícitos en toda transacción monetaria. El interés legal del dinero determinado por el Código civil (art. 1.108) originariamente fue del 6 por 100, modificado por Ley de 2 de agosto de 1894 al 5 por 100 y que la Ley de 7 de octubre de 1939 rebajará al 4 por 100. Ante el desfase que crea la pérdida del poder adquisitivo de la peseta, y su repercusión en la rentabilidad del dinero, la Ley 77, de 26 de diciembre de 1980, modifica el art. 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de que para el interés legal aplicable dentro de las resoluciones judiciales se señalan dos puntos más. Con la Ley 24, de 29 de junio de 1984, se dispone que: «El interés legal se determinará aplicando el tipo básico del Banco de España vigente al día en que comience el devengo de aquél salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca uno diferente» (art. 1.º) [Cfr. VÁZQUEZ DE PRADA, V. R., *Algunas reflexiones sobre la reforma del tipo de interés legal del dinero*, en TAPIA. Publicación para el mundo del Derecho (19 noviembre-diciembre 1984), p. 27; RODRÍGUEZ ESPEJO, J., *Más sobre la reforma del tipo de interés legal del dinero*, en TAPIA Publicación para el mundo del Derecho, (20 enero-febrero 1985), p. 5]. Por tanto, actualmente, el interés legal es el del 8 por 100. Además, esta última Ley deroga expresamente las Leyes de 2 de agosto de 1899, 7 de octubre de 1939 y el párrafo segundo del art. 1.108 del Código civil, así como los arts. 58, 2 b) de la Ley General Tributaria y 36, 2 de la Ley General Presupuestaria [Cfr. ALVAREZ MORALES, C. J., *Consideraciones jurídico-financieras sobre la modificación del interés legal del dinero*, en LA LEY, 1.222 (21 junio 1985), p. 1]. (J. B. C.)

12. *Contrato de obra: Cláusula de revisión del precio. Intereses legales. Ilíquidez.*—El precio global del contrato de obra fue de once millones, ciento cincuenta y una mil, setecientos treinta y cinco pesetas y, en su cláusula décima, se pactaba que «el precio global estipulado solamente podrá ser modificado si se experimenta un alza de precios en materiales o mano de obra que represente más del diez por ciento de la obra que falte por realizar en ese momento. Este momento, si se produjera, no afectará a las partidas ya contratadas por el con-

tratista ni a los materiales encargados o acopiados al pie de obra. A este respecto las partes se someten al arbitrio del Arquitecto director de la obra».

Ante los hechos probados, se aplica esta cláusula de revisión del precio con la obligación de abono de la suma que la sentencia recurrida reconoce (un millón trescientas noventa y tres mil ochocientas sesenta y seis pesetas con setenta céntimos), «sin sometimiento alguno a cláusula de valor concretada al patrón oro por consideración de deuda de valor».

Que al no estarse en presencia de cantidad líquida hasta que se dicta esta Sentencia, puesto que se precisó de ella para quedar adecuadamente determinada, no es de hacer condena de abono de intereses hasta la fecha de tal sentencia, pero sí al devengo desde esta fecha hasta que sea totalmente ejecutada, en favor de D. A. V. F., el interés básico o redescuento fijado por el Banco de España incrementado en dos puntos. (Sentencia de 6 de marzo de 1984; ha lugar.)

NOTA.—En primer lugar, se debe precisar que la cláusula contractual pactada por las partes en el contrato de obra, se trata de una simple cláusula de revisión del precio global en base a un porcentaje de subida (el 10 por 100) del precio de los materiales empleados o de la mano de obra, por lo que, si bien no se trata de una «cláusula valor oro», ya que no fue de este modo concreto pactado por las partes —por lo que resulta incongruente la petición que hizo el acreedor— pero que, sin embargo, no deja de ser una cláusula valor. Las partes, al pactar la revisión del precio global de acuerdo con un índice económico (en el caso de autos el índice correspondiente al alza de mano de obra o la de los materiales empleados cuando superen el diez por ciento), lo que consiguen jurídicamente es transformar una deuda pecuniaria o de suma de dinero (la global, inicialmente contratada, de once millones ciento cincuenta y una mil setecientas treinta y cinco pesetas) en una «deuda de valor», la que resulte del procedimiento de concreción final por estimación de la alteración producida en el precio de los índices previstos o pactados. Tal es la finalidad de las «cláusulas de actualización», entre las que se encuentra esta modalidad de «cláusula de revisión» del precio o suma de un contrato, para hacer frente a las consecuencias que provocan las alteraciones monetarias, concretamente, frente a la pérdida de valor del poder adquisitivo de la suma de dinero que produce la inflación para el acreedor. (Cfr. BONET CORREA, *Las deudas de dinero*, Ed. Civitas, Madrid 1981).

En segundo lugar, la sentencia confirma su doctrina legal respecto a la producción de los intereses legales, de que se cumpla el requisito de la liquidez de la deuda total debida, dado que en el caso de autos «se precisó de la sentencia para quedar adecuadamente determinada», tal como anteriormente se tiene ya declarado (SS. 19 diciembre 1951, 31 marzo 1955, 18 noviembre 1960, 20 diciembre 1966, 8 junio 1981 y 3 julio 1984).

También, el devengo de intereses sólo se producirá desde la fecha de la pronuncianción de la sentencia hasta el momento o día de ejecución del pago y consistirán en el interés básico o redescuento fijado por el Banco de España, incrementando en dos puntos, de conformidad con lo prevenido en la Ley de 26 de diciembre de 1980, que reforma el art. 921 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil (V. RODRÍGUEZ ESPEJO, *Más sobre la reforma del tipo de interés legal del dinero*, en TAPIA. Publicación para el mundo del Derecho, 20 (enero-febrero 1985), p. 5, y ALVAREZ MORALES, *Consideraciones jurídico-financieras sobre la modificación del interés legal del dinero*, en LA LEY, 1.222 (21 junio 1985), p. 1. (J. B. C.)

13. *Culpa contractual y culpa extracontractual: Diferencias.*—La Sala expone las diferencias entre ambas clases de culpas, pues partiendo de la identidad del concepto de culpa del art. 1.104 del Código civil declara que mientras la culpa extracontractual representa un daño causado con independencia de cualquier re-

lación preexistente entre las partes, la contractual presupone una relación preexistente —generalmente un contrato— entre el autor del daño y el que lo ha sufrido con cita de sentencias anteriores). Por ello, el deber de indemnizar por infracción de contrato se desenvuelve dentro del ámbito de la preexistente relación; en cambio, cuando la indemnización deriva de acto ilícito extracontractual, la relación obligatoria surge por primera vez al producirse el daño. Como ya tiene declarado la Sala (se citan diversas sentencias), el vínculo obligacional surge en la reclamación extracontractual después de producido el evento indemnizable, como consecuencia de las normas impuestas por la convivencia y de la aplicación del principio «alterum non laedere», por lo que dicho nexo no constituye un «prius» como en la culpa contractual, sino un «posterius», lo que indica que el ámbito de aplicación de ambas clases de culpa es completamente distinto y del todo independiente.

Es culpa contractual, no extracontractual, la del banco que carga en cuenta de otro banco el importe de tres talones nominativos pagados por el primero a persona distinta de la designada en los talones.—La Sala entiende que es relación contractual, regida por usos del comercio o de los negocios, la que existe entre el banco pagador de los talones y el otro banco en cuya cuenta se carga su importe. (Sentencia de 9 de julio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—La Caja de Ahorros A pagó el importe de tres talones nominativos a persona distinta de la designada en ellos como acreedora o legitimada para cobrar. Acto seguido, la citada Caja cargó el importe de los talones en la cuenta del Banco B, a quien entregó los efectos. El Banco B entregó los salones para compensación al Banco C, que hizo efectivo su importe. El Banco C, que era donde la libradora tenía la cuenta contra la que se habían extendido los talones, cargó su importe en la cuenta de dicha libradora. Esta última, al conocer que los talones habían sido pagados a persona distinta de la nominalmente designada en ellos, solicitó y obtuvo del Banco C la devolución del importe de los mismos. Por ello, el Banco C reclamó el citado importe al Banco B, quien se lo reintegró.

Así las cosas, el Banco B demanda a la Caja de Ahorros el reintegro del repetido importe de los talones.

La Audiencia estima de la demanda y el Supremo declara no haber lugar al recurso, en virtud de la doctrina citada más arriba. La demandada había invocado la prescripción del art. 1.968 (culpa extracontractual). (R. de A.)

14. *Sociedad familiar en Guipúzcoa conforme a uso del país: Donación de padres a hijo: Donación impropia: Inaplicación de la reducción de donaciones por inoficiosidad.*—La donación que pretende reducirse tiene su antecedente en una sociedad o mancomunidad a uso del país, de modo que las fincas no fueron donadas puramente sino más bien aportadas por los causantes, padres de los litigantes, a una sociedad familiar, entre cuyas estipulaciones figura las de haber de convivir el matrimonio formado por los padres y el del donatario, en determinado caserío del Barrio de Uribarri, trabajando todos los miembros en beneficio de la casa dentro de la medida de sus posibilidades, asistiéndose y ayudándose recíprocamente todos sus miembros, tanto en salud como en enfermedad y achaques, alimentándose de las ganancias que obtengan, de las que sufragarán todos los gastos; llevándose la administración conjuntamente por el padre y el hijo; y bajo tal condición, o sea, no interrumpiéndose la mancomunidad familiar pactada, es como

tuvo efecto la donación de la nuda propiedad de las fincas ahora reclamadas, constituyendo condiciones expresas las de vivir el donatario en el caserío familiar, ayudando y asistiendo a los padres hasta el fallecimiento; y haciéndose constar que mientras no resulte de documento auténtico la separación de las partes de la sociedad familiar, deberá entenderse subsistente ésta y en pleno vigor la donación realizada, se ha acreditado que la convivencia se mantuvo por más de siete años completos, y al fallecer el padre, la madre hace constar en escritura que teniendo en cuenta el fallecimiento del marido y su avanzada edad, así como el tiempo transcurrido desde la donación, da por cumplida la obligación de convivencia que su hijo tenía con ella, para la plena efectividad de las donaciones realizadas en su favor; supuesto de hecho al que no puede aplicarse la reducción por inoficiosidad, pues se trata de una donación impropia que exige demostrar la medida en que lo donado excedía del gravamen, lo que ni siquiera se ha intentado.

Prescripción de la acción de reducción de donaciones por inoficiosidad.—Es inaplicable el art. 1.965 C. c., que tiene por objeto las acciones *familiae arciscundae, communi dividundu* y *finium regundorum*, que son efectivamente imprescriptibles por la paladina previsión de la ley fundada acaso en ser más bien facultades inherentes a los respectivos derechos y sujetas por ello al principio *in facultativis non datur praescriptio*; el plazo de prescripción de la acción de reducción no es con seguridad el de quince años que la Audiencia le reconoce apoyándose en la generalidad del mismo, según los términos del art. 1.964, cabiendo pensar en otro plazo menor, así el de un año del art. 652, o acaso mejor el de cuatro años del 1.299, y más próximamente aún el de cinco años del 646 que contempla un supuesto semejante al litigioso, y entre los que se aprecia identidad de razón, por lo que procedería su aplicación analógica. (Sentencia de 12 de julio de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—La sentencia se refiere a un supuesto de hecho que era frecuente en el campo guipuzcoano, al menos hasta época relativamente reciente. El único hijo varón de la familia recibe el caserío y las demás tierras de labor, abonando una suma en metálico a los restantes hermanos (en el presente supuesto, cuatro hembras). Ante la inexistencia de una regulación foral del caso (Guipúzcoa, como se sabe, no ha sido territorio foral) se acudía a diversos mecanismos jurídicos, más o menos acertados. Mérito de esta sentencia (Pte. Serena Velloso) ha sido discernir adecuadamente el supuesto de hecho para descartar radicalmente la reducción de donaciones por inoficiosidad. Sólo de pasada se discurre sobre el plazo de prescripción de la acción, inclinándose por el de cinco años por analogía con el establecido para la revocación por supervivencia o supervivencia de hijos, en el que coincide un autorizado sector doctrinal (Cfr. LACRUZ, *Elementos* V, 1981, p. 514).
(G. G. C.)

15. *Compraventa. Incumplimiento. Daños. Cláusula «rebus sic stantibus».*—Una vez más la sentencia que reseñamos refleja la voluntad del T. S. de reservar la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» para casos excepcionales, en aras de evitar que padezca la seguridad jurídica y el principio «pacta sum servanda».

Así, en el caso que nos ocupa, aunque resulta probado que el contrato de compraventa celebrado entre las partes y que tiene por objeto mil seicientos toneladas de vigas de acero a doscientos veinticinco dólares U.S.A., por tonelada, fue incumplido parcialmente, debido, en principio, a dificultades surgidas en la factoría Altos Hornos del Mediterráneo, S. A., así como al desacuerdo de las

partes para adoptar el cumplimiento del contrato a las especiales circunstancias por las que atraviesa Irán, país destinatario de la mercancía; tan Alto Tribunal, no obstante, considera que no se ha violado por inaplicación la doctrina legal relativa a la citada cláusula «*rebus sic stantibus*». Y ello por entender que no concurren en esta ocasión los requisitos que esta Sala 1.^a exige para su aplicación: a) alteración extraordinaria de las circunstancias al momento de la celebración del contrato; b) imprevisibilidad de tales circunstancias; c) desproporción exorbitante entre las prestaciones convenidas; d) la carencia de otros medios para subsanar dicha desproporción. (Sentencia de 27 de junio de 1984; ha lugar.)

(A. M. V.)

16. *Cesión de contrato: Doctrina general: Diferencia con la cesión de créditos.*—Aunque en nuestro Código civil no se contiene una regulación específica de la cesión de contrato, tanto en el campo de la doctrina como de la jurisprudencia está plenamente configurada así en su alcance como en sus efectos, pues doctrinalmente la cesión de contrato entraña la transmisión a un tercero de la relación contractual en su totalidad unitaria, presuponiendo la existencia de relaciones sinalagmáticas que en su reciprocidad se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes, de aquí que tenga el carácter de un contrato trilateral en el que necesariamente han de intervenir —aunque en sus efectos tengan distinta proyección— el cedente, el cesionario y el cedido, cuya presencia es inexcusable a fin de prestar su aquiescencia o consentimiento a la cesión, de tal manera que si la reciprocidad de obligaciones ha desaparecido, por haber cumplido una de las partes aquello a lo que venía obligada, podrá haber una cesión de créditos si cede el cumplidor, o una cesión de deuda si cede el que no ha cumplido, sin que en tales supuestos sea exigible el consentimiento del deudor; orientación doctrinal refrendada por la jurisprudencia de esta Sala en su S. de 26 noviembre 1982, que recoge las SS. de 28 abril 1966, 6 marzo 1963 y 25 abril 1975, y viene a establecer que la transmisión o cesión del contrato, que pasa a lugar a personas distintas de quienes originariamente lo contrajeron, es posible en el derecho patrio a la luz del principio de libertad de pactos que proclama el artículo 1.255 C.c., de tal manera que puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones de un contrato con prestaciones sinalagmáticas, si éstas aún no se han cumplido, en cuyo supuesto sí que es exigible la prestación del consentimiento, anterior, coetáneo o posterior, del contratante cedido.

Cesión de créditos: Innecesariedad del consentimiento del deudor cedido.—En aquellos eventos en los que la parte cedente ha cumplido sus obligaciones contractuales, ha desaparecido el carácter sinalagmático del contrato primitivo, y al no existir la reciprocidad de obligaciones se produce la figura de la cesión de créditos, en virtud de la cual sólo se cede, a favor de un tercero, la posición acreedora del contratante vendedor, con todas las consecuencias que tal cesión lleva aparejadas, para lo que no se exige la prestación del consentimiento por parte del cedido, que sólo permanece en el contrato como deudor, frente a la posición acreedora del cesionario, y todo ello como consecuencia del cumplimiento por parte del cedente, de su obligación de entregar la cosa objeto de la compraventa, subsistiendo únicamente la obligación incumplida del deudor cedido, la del pago del precio, supuestos en los que la jurisprudencia (SS. 11 enero 1983, 27 febrero 1891, 28 octubre 1957, 7 julio 1958 y 5 noviembre 1974) mantiene que la cesión de créditos puede

hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aun en contra su voluntad, sin que la notificación a éste tenga otro alcance que obligarle con el nuevo deudor, no reputándose pago legítimo, desde aquel momento, el hecho en favor del cedente.

Compraventa: Resolución por incumplimiento: Legitimación activa del cesionario de los derechos del vendedor: Voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento: Ofrecimiento de pago extemporáneo.—Procede la aplicación del artículo 1.504 C.c. una vez acreditada la legitimación activa del cesionario del vendedor, pues se trata de la venta de inmuebles, estando cumplidas sus obligaciones por parte del accionante e incumplidas por la entidad demandada, ya que concertada la venta en 1967 el comprador no ha intentado su obligación de pagar el precio, hasta que hizo ofrecimiento de pago con fecha 10 abril 1980, ofrecimiento extemporáneo que determinó su rechazo, pues por acta notarial de 20 marzo 1979 se practicó el requerimiento resolutorio, precisamente en el domicilio social constante en el Registro Mercantil, voluntad rebelde que ha de estimarse reiterada dado que el plazo para abonar el precio, concertado en el año 1967, fue el de un año a contar de la fecha de la escritura, notablemente superado por el transcurso de más de 12 años, teniendo en cuenta que la demanda originadora fue presentada el 13 octubre 1980. (Sentencia de 23 de octubre de 1984; ha lugar.)

NOTA: Sentencia que puede incluirse en el grupo de las «doctas» que reiteran o confirman doctrina general con fines de adoctrinamiento, pues no en vano ambas sentencias de instancia había confundido la cesión de créditos con la de contrato (Pte. Gómez de la Bárcena). El estado actual de la doctrina española sobre la cesión de contrato puede verse en CASTÁN III, 13.^a ed., 1983, p. 352 ss., pero allí advierto de que tal distinción entre cesión de créditos y cesión de contratos, con la general admisibilidad de esta última figura, dista de estar admitida en los restantes países europeos (loc. cit., p. 264, nota). Por otra parte, la doctrina a propósito de la resolución por incumplimiento se sienta en 2.^a sentencia como consecuencia de la estimación del recurso y tener que actuar como Tribunal de Instancia.

(G. G. C.)

17. *Estipulaciones en provecho de terceros: Delimitación: Acción procedente.*—Conforme estableció la Sentencia de 9 de diciembre de 1940, para fijar su naturaleza específica es preciso diferenciar el régimen jurídico de la prestación a tercera persona según ésta venga autorizada solamente para recibir la prestación o adquiere además el derecho estipulado. Diferenciación que se traduce en que, en el primer caso, el tercero es únicamente destinatario de la prestación, sin facultad de exigir su incumplimiento al deudor, que nace y persiste en el contratante acreedor; mientras que en el caso de verdadero contrato a favor de tercero —del párrafo 2.^o del art. 1.257 del Código civil— éste es el titular del derecho hacia él derivado.

En consecuencia, en el primer caso, el tercero sólo puede dirigirse contra el deudor que no cumplió la prestación en reclamación de daños y perjuicios, mediante acción fundada en la culpa aquiliana al amparo del artículo 1.902 del Código civil.

Congruencia. Acción contractual o extracontractual. Economía procesal.—Si bien es cierto que el Juzgador ha de atenerse a la clase de acción ejercitada en la demanda sin que pueda variarla, de modo que si se ejercita la acción extracontractual ex artículo 1.902 del Código civil, no puede alterarla para resolver como

si se hubiera ejercitado la derivada del contrato, y a la inversa, tal supuesto sólo podrá determinar la casación del fallo de la sentencia recurrida si la segunda sentencia que, en su caso, hubiere de dictarse al enfrentarse con el tema del fondo debatido llegará a la conclusión de que no concurren en el supuesto enjuiciado los requisitos exigibles para la atribución de la culpa extracontractual a la demandada, pues, según reiterada jurisprudencia de la Sala, por razones de economía procesal, y con criterio lógico y expeditivo, procede denegar la casación en todos aquellos casos en que las infracciones alegadas y estimadas no contradicen el razonamiento que sirve para mantener el fallo recurrido. (Sentencia de 13 de diciembre de 1984; no ha lugar.)
(J. C.)

18. *Compraventa de Viviendas de Protección Oficial. Precio.*—El art. 28 de la Ley de Viviendas de Protección Oficial, Texto Refundido aprobado por Decreto de 12 de noviembre de 1976, se remite en cuanto a la fijación de los precios de venta de las viviendas acogidas a la misma, a «las normas que a tal efecto se establezcan», y el precepto general del art. 127 del citado Reglamento, a cuyo tenor tales precios máximos «se fijarán en la calificación definitiva», aparece matizado o concretado por el art. 2 de la Orden de 25 de enero de 1977 al disponer que el módulo establecido en el art. 1 no será de aplicación a las viviendas para las que se «hubiesen formalizado contratos de promesa de compra, de opción de compra o de compraventa, o bien los promotores hubieran percibido cantidad alguna a cuenta del precio de las mismas», supuesto en el cual dicho elemento del negocio será el resultante de la aplicación del módulo que se hallase vigente a la fecha de formalización de alguno de los documentos citados, o de la primera entrega a cuenta del precio de las viviendas; como acontece en el caso debatido, pues los adquirentes por virtud de los referidos contratos, todos anteriores en su data a la Orden mencionada, hicieron entrega «como reserva de entrada» de cantidades...

De tal suerte que el total «venía dado por el autorizado por el Instituto Nacional de la Vivienda en la cédula de calificación provisional, incrementado por el importe de una serie de mejoras expresamente encargadas por los actores» (hecho primero), punto este último no suscitado en el recurso y que las sentencias de uno y otro grado no analizan sin duda atendiendo a la categórica prohibición de cualquier subprecio, que en términos rigurosos formula el art. 29 de la Ley de 30 de julio de 1976. (Sentencia de 26 de diciembre de 1984; no ha lugar.)
(L. R. A.)

19. *Resolución de compraventa. Artículo 1.504.*—En cuanto es doctrina legal reiterada que el requerimiento de resolución verificado con el apoyo del art. 1.504 del Código civil no alude al pago del precio, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación, requisito cumplido en el caso contemplado por medio de acta notarial; es decir, que el fin de ese requerimiento estriba en obstar formalmente al pago hecho fuera del término convenido, como antecedente de la resolución del vínculo contractual y su contenido; reiterando lo dicho, implica una intimación a que se avenga el comprador a resolver la obligación y a no poner obstáculos a ese modo de extinguirla...; por consiguiente, una vez efectuado el requerimiento de resolución a que se refiere el art. 1.504, no se le puede conceder al comprador nuevo término para que satisfaga el precio, lo que sí pudo llevar a

cabo con anterioridad y sobre todo cuando por medio de requerimiento en acta notarial de fecha 3 de octubre de 1978 le fue instado el pago sin que lo efectuase, continuando así en la situación de incumplimiento y de verdadera rebeldía frente a lo pactado, lo que justifica sobradamente la debida aplicación del artículo 1.504.

Cláusula penal.—La facultad del vendedor de retener las sumas recibidas en concepto de indemnización indiscutible «como cláusula penal indemnizatoria con arreglo a lo establecido en el art. 1.152 del Código civil», según dice el contrato, y como justa compensación por los once años en que el comprador ha estado en posesión del inmueble, según deriva de los hechos probados; todo lo que pone de relieve la inexistencia de infracción alguna de los preceptos legales que se invocan en el motivo y la razón de la desestimación de éste. (Sentencia de 25 de enero de 1985; no ha lugar.) (L. R. A.)

20. *Resolución de compraventa. Artículo 1.504.*—No es admisible que la mencionada compradora tratase de abonar todo lo impagado, pues que esto viene vedado por el hecho de que cumplido el requerimiento de resolución que el meritado art. 1.504 establece carece ya de valor el vínculo jurídico contractual resuelto, sin posibilidad de nuevo término, como lo está poniendo de manifiesto que, según previene el párrafo final de aquel precepto legal, ni el propio juez podrá conceder nuevo término de cumplimiento, puesto que, también en discrepancia con la tesis del recurrente, el incumplimiento dentro del plazo de cuarenta días convenido en el precitado acto de conciliación de 29 de marzo de 1978, en manera alguna determina, a efectos de la resolución contractual en cuestión, la precisión de un nuevo requerimiento judicial o por acta notarial al respecto, toda vez que a ese fin ya es eficiente el llevado a cabo en el tan mencionado acto de conciliación de 29 de mayo de 1978, desde el momento que el expresado plazo de cuarenta días concedido no cabe entenderlo más que como una mera condicionante o aplazamiento para la efectividad de la sanción resolutoria acordada por el vendedor a medio del requerimiento judicial practicado con el meritado acto de conciliación, habida cuenta que requerir de resolución, con señalamiento de un plazo para evitarla, no es más que retardar los efectos de ella, pero no hacerla desaparecer, pues lo contrario conduciría al absurdo, y como de tal índole rechazable, de favorecer con un acto de gracia a quien ya tenía sanción legal definitiva, sin que le hubiere sido concedido tal beneficio.

Daños y perjuicios.—La cantidad que pierde el tan citado comprador por causa de la resolución del contrato de compraventa de que se viene haciendo mención queda adecuadamente compensado con el hecho de que desde el año 1972 hubiese estado disfrutando de la posesión del local en cuestión, sin otra causa compensadora que la cantidad de 224.000 pesetas, notoriamente inferior, e incluso altamente desproporcionado, al que hubiere de corresponder a cualquier acto posesorio retribuable, y concretamente al arrendaticio. (Sentencia de 10 de enero de 1985; no ha lugar.) (L. R. A.)

21. *Resolución de la compraventa de inmuebles: Artículo 1.504 del Código civil. Es bastante el requerimiento hecho por carta certificada dirigida por medio de notario.*—El art. 202 del Reglamento notarial, al regular las actas de notifica-

ción y requerimiento, tiene el propósito de que la «noticia» o la «voluntad» ínsitas en el acta lleguen efectivamente al destinatario. Y hay que tener en cuenta que dicho art. ha sido modificado por Real Decreto de 8 de junio de 1984, y que ya no distingue respecto al carácter requisitorio o no de las notificaciones, permitiendo la misma forma de envío por carta en ambos casos, circunstancia que si bien no es aplicable al requerimiento del caso —por su fecha— sí es criterio orientativo de una menor exigencia, así como dulcificador del rigor formal anterior.

Buena fe y doctrina de los actos propios.—Admitido por el comprador renuente al pago el haber recibido la carta requisitoria o conminatoria de pago en cuarenta y ocho horas y la notificación, en defecto de abono, de dar por resuelto el contrato, es claro y evidente que no puede ahora dicho contratante escudarse en una interpretación rigorista y formal del art. 202 del citado Reglamento Notarial, so pena de atentar contra el principio de buena fe (art. 7.º del Código civil) en una de sus manifestaciones, tal la del atenuamiento a los actos propios, pues a ello equivaldría sostener que no se ha cumplido dicha norma cuando él mismo reconoce y admite que sí se ha llenado el fin que persigue, o lo que es lo mismo, que supo y se dio por requerido, bien que de todo hiciera caso omiso.

Falta de ingresos sufrida por el comprador.—Frente a la alegación del comprador deudor del precio de haberse hallado enfermo y carente de ingresos durante un largo período, la Sala declara que esto es improbable dados los mecanismos de la Seguridad Social (se trataba de un empleado de «Iberia») y habida cuenta de que sería exagerado y desmesurado aceptar tal tesis —especie de estado de necesidad frente a otro interés particular o privado— como justificante del impago de una deuda, máxime cuando se trataba de un crédito de tan escasa cuantía —incluso para una economía modesta, pues los plazos mensuales de pago del precio aplazado eran de 5.000 pesetas—, lo que, sin repugnancia jurídica y moral, permite sentar que el impago de ese precio es constitutivo de incumplimiento y que la alegación del deudor carece de suficiente entidad para legitimar su conducta contraria al normal cumplimiento, tal como apreció la sentencia de instancia.

La opción del artículo 1.124 del Código civil.—No puede estimarse que el vendedor hubiere optado por el cumplimiento por el hecho de haber demandado antes al comprador en dos juicios ejecutivos (para el cobro de letras correspondientes a varias mensualidades de las 100 pactadas para el pago del precio aplazado), pues esas reclamaciones, tendentes a la satisfacción periódica de su derecho contractual, no pueden asimilarse a la facultad optativa o de elección que concede al acreedor el art. 1.124, pues se refiere a la entera unidad contractual, no a los impagos periódicos y aplazados, con la añadidura de que en modo alguno puede considerarse cumplimiento el abono por compulsión judicial, hecho que justamente demuestra lo contrario, esto es, la voluntad contraventora del contratante apremiado. (Sentencia de 1 de febrero de 1985.) (R. de A.)

22. *Compraventa de inmuebles: Resolución por incumplimiento: No procede si el vendedor incumple.*—No cabe separar ni aislar, en su eficacia jurídica, los arts. 1.124 y 1.504 C. c., sino que ambos se complementan en el sentido de que la regla general que se establece en el primero para toda clase de obligaciones recíprocas no obsta al desarrollo específico y concreto del art. 1.504 para el su-

puesto de compraventa de inmuebles, significándose con ello que habrá de concurrir en el que insta la resolución el cumplimiento de sus obligaciones, así como el incumplimiento de las suyas por parte del requerido, pero no un incumplimiento unilateralmente apreciado, sino real y verdadero, que supone un auténtico proceder contrario al fin normal del contrato; en el presente caso la vendedora requirente de resolución no había puesto su voluntad al servicio del pacto, siendo esta conducta la que provocó el incumplimiento de las compradoras, que se vieron sin el numerario para pagar el precio por la pasividad en la gestión de la hipoteca por dicha parte, lo que origina que no estén incurso en culpa contractual y se desestima la petición de resolución. (Sentencia de 15 de octubre de 1984; no ha lugar.) (G. G. C.)

23. *Compraventa de finca gravada con servidumbre no aparente: Artículo 1.483 C. c.: «Dies a quo» de la acción de indemnización.*—Las vendedoras no han conseguido probar que el comprador supiera, sea al adquirir la parcela, sea cuando el dueño del fundo dominante le interpuso acto de conciliación, que la finca se hallaba gravada con una servidumbre de paso no aparente, razón por la que ha de entenderse que no tuvo conocimiento de ella hasta el día en que por sentencia firme se declaró oficial y definitivamente la existencia del gravamen, hasta entonces sometido a reconocimiento y declaración judicial, sin que haya transcurrido un año a partir del día siguiente a la sentencia firme hasta el día de la interposición de la demanda. (Sentencia de 8 de enero de 1985; no ha lugar.)

La presente sentencia resuelve meramente cuestiones de hecho, a saber, si el comprador tenía conocimiento de la existencia de la servidumbre al tiempo de la venta y en el momento de ser demandado por el dueño del predio dominante, y con criterio harto discutible traslada tal conocimiento al momento de la firmeza de la sentencia. ¿No cabría aplicar criterios sobre interrupción de la buena fe del poseedor? Deja además fuera la amplia polémica doctrinal que el art. 1.483 suscita, de la que me he hecho eco en el tomo XIX de los *Comentarios al C. c.* dirigidos por Albaladejo (Madrid 1980), pp. 313 ss. (G. G. C.)

24. *Contrato de opción.*—Es reiterada la jurisprudencia que, ante el silencio del Código civil respecto del contrato de opción, ha definido y descrito el mismo como un contrato preparatorio, consensual y casi siempre unilateral y, en cuanto a la forma concreta de opción de compra, configurándola como un convenio en el que es incuestionable la decidida voluntad de las partes de celebrar una auténtica compraventa, cuyo incumplimiento no da lugar simplemente a la indemnización de daños y perjuicios, sino que faculta a la otra parte para exigir el cumplimiento así de la promesa como del contrato definitivo, efecto que se produce mediante la manifestación de voluntad del optante y la vinculación de la oferta —ya irrevocable— por parte del cedente vendedor, sin necesidad de nuevo contrato (salvo el complemento de la entrega según arts. 609 y 1.095 del Código civil); es decir, y conforme a las sentencias de 12 de julio de 1979, 16 de abril de 1979, 26 de mayo de 1976, 7 de noviembre de 1967, 22 de junio de 1966, 17 de octubre de 1961, hasta la de 23 de marzo de 1945, estimándose que la opción supone una compraventa concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compra quede

firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatoria para el cedente, sin necesidad de más actos (lo que le diferencia del «pactum de contrahendo»), pues es con la aceptación cuando quedan definitivamente fijadas las recíprocas obligaciones que han de exigirse después —no precisamente en el plazo establecido para el ejercicio de la opción— con el nacimiento y perfección de la compraventa por obra del doble consentimiento (que en el optante es simplemente retardado o pospuesto al término previsto), máxime cuando ya en el contrato se fijó de modo claro y preciso el contenido de las prestaciones recíprocas, tales la cosa y el precio.

Ni del contenido del contrato ni de las normas generales de la compraventa puede desprenderse que le sea exigible al comprador aumentar sus deberes de contratante cumplidor con un plus de garantía para el vendedor que se resiste al cumplimiento de modo injustificado, tal como imponerle la consignación judicial del precio, tema que en la compraventa de inmuebles tiene su propia dialéctica (arts. 1.500, 1.504, 1.124 del C. c.) y garantía de los derechos del vendedor, en modo alguno aquí disminuida, sino satisfecha con la opción manifestada y coetáneo ofrecimiento de la cantidad —mitad— estipulada como precio, todo ello independientemente de la consideración de que los argumentos de ambos motivos en nada afectan a la perfección del contrato de compraventa operado —como antes se ha dicho— por la opción, y sí, en su caso, y como acertadamente dice la sentencia recurrida, a las vicisitudes de la compra (su consumación), tema en el que en la contestación a la demanda no se incidía, pues que en ella lo que se solicitaba por el cedente (vendedor) era la resolución del contrato de opción, no de la compraventa. (Sentencia de 9 de febrero de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

25. *Arrendamiento de local sometido a L. A. U.: Revisión de rentas: Lo pactado prevalece sobre el régimen legal.*—El derecho sobre revisión de rentas en materia de arrendamientos urbanos está sometido a las fluctuaciones debidas a la evolución económica, como ponen de manifiesto los diversos Reales Decretos-Leyes que en lo que interesa a esta litis se han promulgado desde el 17 noviembre 1975 hasta 12 diciembre 1980; en todos ellos se manifiesta el propósito del legislador de acomodar el tráfico de rentas a las restantes medidas económicas, pero respetando lo pactado, de modo que no crean el derecho de revisar la renta ni introducen modificación alguna en cuanto a las fechas en que pueda hacerse, materias en las que se admite la validez de lo pactado, y lo único que hacen es determinar los módulos con arreglo a los cuales debe modificarse aquella cuando sea procedente, no bastando para ello la mera promulgación de dichas disposiciones legales.

Abuso de derecho.—Si se pactó que el precio del arrendamiento será revisado al final de cada nuevo período de cinco años, no puede decirse que abusa de su derecho el arrendatario que se opone a la revisión de rentas que pretende el arrendador, según su arbitrio, fundamentado en una interpretación errónea de los preceptos legales. (Sentencia de 20 de octubre de 1984; no ha lugar.)

(G. G. C.)

26. *Arrendamiento de industria: Existencia.*—Hay arrendamiento de industria cuando lo que el arrendador cedió en arrendamiento fue una variedad de elementos debidamente organizados y aptos para obtener un producto económico comercial, es decir, una unidad patrimonial con vida propia, y no el goce o uso de un

local con elementos dispersos y desarticulados. Y ello, aunque los elementos cedidos eran de escaso número, debido a la reducida entidad de la actividad comercial ejercida.

No obsta a esta calificación el hecho de que al producirse una prórroga del arrendamiento las mercancías que existían en el local eran propiedad del arrendatario, pues al mediar la prórroga no cambió de naturaleza el arrendamiento celebrado. (Sentencia de 21 de mayo de 1984; no ha lugar.)

27. *Arrendamientos rústicos. Aplicación temporal de procedimiento.*—Con ocasión de la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1981, el T. S. recalca la necesidad, que la seguridad jurídica impone, de la existencia de normas que regulen el tránsito entre la derogada y la nueva legislación sin atenerse a un principio de inexorable retroactividad, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.3 del C.c.

En el caso que nos ocupa el T. S. considera ajustada a derecho la sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla, que a su vez confirma la del juzgador de Primera Instancia, al ser coherente dicha resolución con lo establecido en la disposición transitoria 4.ª del C.c. y 1.ª de la nueva L.A.R., y en el art. 3.º del R.D. de febrero de 1981; en relación con los arts. 131 de la L.A.R. y 51.2 del R.A.R. de 29 de abril de 1959. Pues el estar iniciado el procedimiento antes de comenzar a regir la nueva Ley arrendaticia, el proceso por el que debía de sustanciarse la resolución del contrato por expiración del término, era el de desahucio por aplicación de la normativa derogada, y no el de cognición como establece la L.A.R. en vigor, en cuanto las partes no optaron por continuar según los trámites que la nueva Ley señala. (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1984; no ha lugar.)

A. M. V.

28. *Arrendamiento turístico de «bungalows»: Reclamación de rentas: Falta de legitimación activa.*—El Presidente de la Comunidad de Propietarios de los «bungalows» carece de legitimación activa para reclamar las rentas pendientes dado que el contrato de arrendamiento fue concertado por la Comunidad de Explotación de los mismos, que no comprende todos sino únicamente a los propietarios que persiguen el lucro en la explotación de los «bungalows», y cuyos intereses con frecuencia son contradictorios como los de los restantes.

Error de hecho: Apreciación conjunta de la prueba.—El acta de requerimiento notarial, que ya fue tenida en cuenta por la Sala en la valoración conjunta de la prueba, no puede servir de base para denunciar el error de hecho.

Cuestión Nueva.—La doctrina jurisprudencial según la cual cualquiera de los comuneros puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, además de ser una cuestión nueva, resulta inaplicable en el presente caso al existir una Comunidad de Propietarios que es independiente de la Comunidad de explotación. (Sentencia de 20 de octubre de 1984; no ha lugar.)

G. G. C.

29. *Arrendamiento rústico: Derecho transitorio: Desahucio por expiración del plazo contractual: Derecho a la prórroga por ser cultivador personal.*—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que el apartado 5 del art. 10 del R.A.R. de 1959 entiendo por explotación directa aquella en que se asumen los riesgos totales de la

empresa agrícola, sin distinguir entre aprovechamiento propiamente agrícola, ganadero o forestal en la finca a que afecte (s. de 26 enero 1981), y que el citado Reglamento define la explotación directa como aquella en que el cultivador de la tierra asume los riesgos totales de la empresa agraria sufragando los gastos a que la misma, lo que significa el desarrollo de la explotación con medios económicos propios, pero no que las operaciones de laboreo y cultivo tenga que realizarlas personalmente el arrendador (s. 14 marzo 1978); análogas conclusiones cabe deducir del artículo 16 de la nueva L.A.R. de 1980; y en el presente caso la prueba documental nos lleva a la conclusión de que el demandado lleva de modo directo y personal, con la ayuda de sus hijos, la explotación ganadera de las fincas del autor.

Disposición transitoria 1.ª L.R.A. de 1980.—Al gozar el recurrente de la cualidad de cultivador personal en los términos que define el art. 16 de la vigente L.A.R., por aplicación de la disposición transitoria primera tiene derecho a las prórrogas que la misma determine hasta el límite de 21 años, contados desde la iniciación del contrato. Sentencia de 17 octubre 1984; ha lugar.)

NOTA: Recuérdese que la S. del T. C. de 4 marzo 1982 declaró que la disp. transitoria 1.ª de la L.A.R. de 1980 no era inconstitucional. G. G. C.

30. *Arrendamientos rústicos: Ejercicio del derecho de retracto por el arrendatario: Ha de estarse al precio real, no al señalado en la escritura de venta.*— En punto a la determinación del «quantum» del reembolso que el retrayente ha de satisfacer para devenir adquirente por subrogación, al amparo del artículo 16 de la Ley de arrendamientos rústicos y 1.518 del Código civil, ciertamente no puede sentarse una regla absoluta ni tampoco arbitrar una interpretación literal ni estricta de los preceptos en cuestión, máxime cuando en estos casos las situaciones creadas por los intereses en juego (los de las partes, los de terceros posibles adquirentes e incluso los del Fisco) pueden prestarse a relativizar y aun a disfrazar los datos concretos de las operaciones transmisivas, obteniendo así apariencias y repercusiones unas veces favorables, otras perjudiciales para aquéllos, razones por las cuales pueden lícitamente citarse incluso direcciones jurisprudenciales distintas y posiblemente antagónicas, mas con el designio todas ellas de llegar a una solución justa, acomodada al respeto de la equivalencia de esos intereses contrapuestos.

Justamente esa motivación es la que predomina en la corriente jurisprudencial que ha establecido en los casos dudosos —y más aún en los estridentes— relativamente a la determinación del precio (de «precio» habla el Código civil, de «precio» y «valor» el Reglamento de arrendamientos rústicos), tanto cuando no hay constancia del mismo como cuando el que aparece en la escritura es desproporcionado o escandalosamente inferior al «valor» de la finca vendida, hay que estar por razón de justicia al «precio real», es decir, a la cantidad en metálico —o de otra forma— que se ha entregado por el comprador y, consiguientemente, que, conocido el verdadero precio, ese sea el que se ha de reembolsar aunque no coincida con el que figura en la escritura.

Según doctrina que cita, de anteriores sentencias, si bien en un principio hay que estar al precio escriturado, ello hay que entenderlo con la salvedad de no constancia en metálico o de existencia de fraude, lo que en definitiva autoriza, al menos cuando hay sospecha de simulación o cuando, discutido el precio como en este caso, la prueba acredita una flagrante desigualdad, autoriza, decimos, a la

aceptación de la tesis de la justicia al caso aplicada por la Audiencia mediante su apreciación de la prueba de ese precio real o valor señalado pericialmente y no combatido en el recurso. (Sentencia de 12 de junio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS: El actor, cultivador de la finca, había ejercitado acción de retracto. En la escritura de venta se había hecho constar el precio de 40.000 pesetas. La Audiencia estimó la demanda, declarando el derecho del actor a retraer la finca previo pago al demandado (comprador) de la cantidad de 2.300.000 pesetas, que se fija, como precio real, juntamente con los demás conceptos a que se refiere el artículo 1.518 del Código civil, condenando al demandado a que en el término del tercer día otorgue a favor del actor la correspondiente escritura de venta.

NOTA: Esta doctrina, que nos parece correcta, plantea problema en el caso de que el retrayente hubiese ejercitado su acción precisamente por el precio que se hizo constar en la escritura (cosa que aquí no ocurría). Sería un tanto anómalo que el retrayente viese desestimada su demanda —en razón a la doctrina de esta sentencia— y por ello perdiese la oportunidad de retraer por el precio real, pues es de suponer que habría caducado el plazo para ejercitar su derecho. Y, por otra parte, concederle el retracto por el precio real si él había invocado el de la escritura sería incurrir en incongruencia, a nuestro juicio.

R. de A.

31. *Arrendamientos rústicos: Prórrogas.*—Si para que al arrendamiento litigioso le afectasen las prórrogas otorgadas por los Decretos-leyes de 30 de junio de 1978, 16 de junio de 1979 y 10 de octubre de 1980, y, por tanto, permaneciese en vigor al entrar a regir la citada Ley 83/1980, era requisito indispensable que el arrendatario fuese cultivador directo y personal, es claro que negaba la premisa es decir, dicha cualidad, debe negarse también la consecuencia, es decir, la prórroga pretendida. (Sentencia de 14 de febrero de 1985; no ha lugar.)

R. de A.

32. *Contrato de arrendamiento de servicios y de arrendamiento de obra: Diferencia.*—El llamado «contrato de arquitecto» por ciertos sectores doctrinales puede quedar integrado dentro de los de obra o del de servicios, viniendo determinada su inserción en uno u otro marco negocial por el contenido que al mismo hayan dado las partes contratantes. En consecuencia, y según la mejor doctrina científica, que mantiene también esta Sala entre otras en sentencias de 4 de febrero de 1950, 10 de junio de 1975 y 29 de septiembre y 3 de noviembre de 1983, para determinar la naturaleza del contrato habrá de estarse al objeto inmediato de la obligación, de tal modo que si lo convenido fuere la prestación de un trabajo, labor o actividad en sí mismo considerada y con independencia por tanto del resultado, el contrato será de arrendamiento de servicios, mientras que si lo que se conviene o pacta es un resultado sin consideración al trabajo o actividad que lo produce es de obra, siendo esta última manifestación la que reviste el contrato de autos (se trataba del encargo por un Ayuntamiento a un arquitecto de la redacción de un plan general de ordenación urbana).

Aplicación de la equidad.—La equidad, instituto introducido en el Código civil por la reforma que se operó en su Título Preliminar por la Ley de 17 de marzo de 1973, aparece, como ya se indicó en la sentencia de 28 de abril de 1983, a manera de una fase o elemento de interpretación a la par que corrector de la generalidad de la ley, cuya aplicación, con la debida cautela, viene conferida exclusiva-

mente a los tribunales, lo cual conduce a que el criterio mantenido por la Sala *a quo* deba prevalecer sobre el que pretende imponer el recurrente, al no ser arbitrario ni desorbitado. (Sentencia de 29 de junio de 1984; no ha lugar.)

NOTA: El Tribunal Supremo declara pertinente la invocación de la equidad —que nosotros consideramos poco adecuada— hecha por la Sala de Instancia al conceder al demandante arquitecto una cantidad inferior a la por él reclamada, en atención a que el encargo no se había terminado, pero que se habían realizado ciertos trabajos, bien que incompletos e inidóneos.

Aparte de que la alusión a la equidad acaso sea poco afortunada para fundar esa decisión, llama la atención el hecho de que, después de configurarse el contrato de autos como arrendamiento de obra —contrato de resultado—, se conceda al actor una retribución, aun reconociéndose que el resultado (el encargo encomendado) no se había realizado.

R. de A.

33. *Arrendamiento de servicios de aparejador: Ampliación del encargo.*—La Sala extiende el artículo 1.593 del Código civil a los servicios de un aparejador, entendiendo que existe «aumento de obra» cuando se le encomiendan expresa o tácitamente otros trabajos distintos de los iniciales. Lo que justifica la exigibilidad de la retribución por estos trabajos añadidos.

Contenido de la actividad del aparejador.—Como colaborador técnico viene sometido a responsabilidad en lo concerniente a la solidez del edificio y perfecta acomodación de las obras a los proyectos del arquitecto, sin que le alcancen las deficiencias en la actividad de aparatos que tienen sus propios fabricantes, sus instaladores y hasta su garantía específica.

Valoración de la prueba.—Tal vicio *in iudicando* ha de consistir en no haber concedido el juzgador de instancia a un concreto medio de prueba el valor y la eficacia que le otorga un determinado precepto legal, y su denuncia requiere no sólo la indicación de la norma vulnerada y el concepto de la infracción, sino la referencia al cómo la Sala de Instancia desconoció esa pauta probatoria preestablecida (con cita de abundantes sentencias al respecto). (Sentencia de 8 de enero de 1985; no ha lugar).

R. de A.

34. *Arrendamiento de servicios: Gestión de préstamos hipotecarios: Reclamación de honorarios.*—No procede acceder a la reclamación de honorarios profesionales por la gestión de préstamos, pues si bien éstos se otorgaron, su concesión fue debida a gestiones realizadas por la propia solicitante y no por el actor, pues sería contrario a los más elementales principios de equidad que se condenara a un contratante al pago de honorarios por servicios no prestados.

Error de hecho: Prueba.—No son documentos auténticos para demostrar el error de hecho dos fotocopias de sendas comunicaciones dirigidas por el Banco Hipotecario a la entidad demandada, pues de ellas no cabe deducir, sin necesidad de conjeturas o hipótesis que en determinada fecha el actor continuaba realizando actos de gestión en favor de la entidad demandada. (Sentencia de 6 de julio de 1984; no ha lugar.)

35. *Arrendamiento de obra: Proyecto técnico y licencia de obras.*—La única doctrina de cierto interés en esta sentencia es la afirmación expresada como *obiter dictum*, de que todo proyecto lleva inexorablemente para su viabilidad, bien sea de

viviendas o de naves industriales, su aprobación por la superioridad para el otorgamiento de la correspondiente licencia de obras. No se matiza esta afirmación. Se trataba del encargo de un proyecto a un ingeniero de caminos. El comitente alegó la inviabilidad del proyecto, pero la Sala desecha este argumento por no haberse probado que el proyecto no fuese eficaz para el fin constructivo perseguido. (Sentencia de 28 de septiembre de 1984; no ha lugar.)

R. de A.

36. *Contrato de obra: Prescripción: Prueba.*—El hecho de que el día 23 de noviembre de 1978, fecha de presentación de la demanda que inició el presente litigio, había transcurrido con exceso el plazo de un año que para la operancia de la prescripción extintiva de la acción ejercitada fija la preceptiva contenida en el número primero del artículo 952 del Código de Comercio y sin que, de otra parte, el documento de 26 de mayo de 1978 contenga la renuncia a la prescripción ya operada que en el motivo se aduce.

La realidad es que lo que se pretende por la entidad recurrente es una revisión de la apreciación de las pruebas verificada por la Sala de instancia y ello con base en la cita de un numeroso conjunto de elementos probatorios, lo que, como es obvio, no es lícito sean aducidos en casación por la vía del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, significando el motivo, en definitiva, un intento de sustituir por el propio y particular criterio sobre apreciación de las pruebas el más autorizado del juzgador, introduciendo supuestos fácticos que el cauce elegido no autoriza. (Sentencia de 16 de enero de 1985; no ha lugar.)

L. R. A.

37. *Derecho de propiedad: Prueba de la condición de propietario por el adjudicatario de un local en procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.*—Es obvio que el actor presentó el testimonio del acta de remate en que se le adjudicaba el local (que tuvo lugar en un procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria), suficiente para justificar su título dominical, aunque no sea bastante para efectuar la inscripción registral, para lo que se exige el consiguiente auto judicial, indispensable para llevar a cabo dicha inscripción, pero no para acreditar la titularidad que se cuestiona, habida cuenta el sistema español vigente de adquisición y transmisión del dominio de bienes inmuebles; con independencia también de la adquisición de la posesión, que según el artículo 438 del Código civil tiene lugar no sólo por la ocupación material de la cosa o derecho poseídos, o por el hecho de quedar éstos sujetos a la acción de nuestra voluntad, sino también «por los actos propios y formalidades legales establecidos para adquirir tal derecho»...

Vicios de la construcción de un local adquirido en venta judicial.—Se alega aplicación indebida del 1.591 del Código civil, por entender que es incompatible con lo dispuesto en el 1.489, que prohíbe la reclamación de daños y perjuicios en las ventas judiciales, sin tener en cuenta que el precepto añade expresamente «pero sí a todo lo demás dispuesto en los artículos anteriores», referentes a «defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida» y lógicamente también al supuesto de ruina del edificio «por vicios de la construcción», justo porque ambas cosas no afectan a la subasta como tal —que es lo que la ley no permite—, sino a la

cosa que fue objeto de la subasta sometida al régimen de garantía del comprador en las ventas, a las que se asimila la subasta.

Los artículos 1.484 y 1.490 del Código civil no son aplicables a casos de ruina del edificio por vicios de la construcción.—Los vicios o defectos de que aquí se trata son específicamente derivados de la ruina del edificio, por vicios de la construcción, del suelo y de la dirección, que tienen una normativa particular, expresamente contenida en el art. 1.591 del Código, que excluye la aplicación de los citados 1.484 y 1.490. (Sentencia de 12 de febrero de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba del adquirente de un local —por adjudicación en subasta pública— que demandó al arquitecto y a los dos constructores intervinientes en la edificación. La Audiencia estimó la demanda. La Sala declara no haber lugar al recurso, basado sobre todo en que el actor no había probado su dominio sobre el local, al haber presentado sólo el acta de remate de la subasta.

(R. de A.)

38. *Construcción ruinosa. Responsabilidad por materiales inadecuados.*—Es jurisprudencia reiterada la que declara que el arruinamiento de un edificio o parte de él, causado por la mala calidad de los materiales empleados en la construcción lleva consigo, en principio, una responsabilidad múltiple que alcanza solidariamente al contratista ejecutor de la obra en tanto no se produzca la concreción individualizadora acerca de cuál de los dos intervinientes —técnicos y constructores— ha de asumir por su exclusiva negligencia el reproche de culpabilidad, corriendo de su cargo, y no del perjudicado que reclama, la carga de la prueba. (Sentencia de 31 de enero de 1985; no ha lugar.) (J. C.)

39. *Contrato de limpieza: Inexistencia de precio cierto.*—La Sala declara que en el contrato de limpieza no constaba la existencia de un precio cierto y que de ello se deriva la inexistencia del contrato mismo. (Sentencia de 29 de enero de 1985; no ha lugar.)

NOTA.—La doctrina citada se emite por la Sala en un caso en que se trataba del contrato celebrado entre el dueño de un colegio y una empresa de hostelería. En el contrato en cuestión, además de los servicios de alimentación de los alumnos, que se obligaba a prestar la empresa hostelera, ésta asumía trabajos de limpieza, con absorción de los trabajadores del colegio que venían dedicándose a este menester. La Sala denuncia la doctrina citada, que aunque expresada *obiter dictum*, no está de acuerdo con otra anterior y constante, que declara que en los contratos de arrendamiento de servicios y de obra, aunque no se determine de antemano el precio a satisfacer, el contrato es válido, pues el precio puede dejarse a determinación del juez, según el criterio de peritos. En el caso de autos parece que nos hallamos ante un contrato de obra o atípico asimilado a él. (R. de A.)

40. *Fianza. Préstamo concertado con posibilidad de prórroga. Renovación concertada con conocimiento del fiador.*—El contrato de fianza convenido se refiere no al mero aspecto temporal de dos años del contrato garantizado, sino al préstamo en cuestión a que afecta, y en los términos en que el mismo fue concertado, entre los cuales figura la cláusula de renovación tácita convenida y de la que tenía adecuado y completo conocimiento el fiador dada su condición de Presidente y Director General de la entidad a la que el préstamo fue concedido.

El art. 1.851 del Código civil hay que entenderlo referido exclusivamente al supuesto de que la prórroga se conceda sin contemplación y previsión de ella al tiempo de la creación de la fianza, pero no para el caso, que es el ahora producido, en que el fiador, al tiempo de constituir la fianza, conocía claramente y sin duda alguna que la obligación garantizada estaba concertada con posibilidad de prórroga del plazo de dos años convenido. (Sentencia de 8 de mayo de 1984; no ha lugar.) (L. F. R. S.)

41. *Contrato de asunción de responsabilidades hasta cierta suma: Interpretación: Ineficacia de una declaración unilateral.*—El contrato en virtud del cual uno de los socios asume las responsabilidades pecuniarias derivadas de la presencia de un tercero en el restaurante aportado a la sociedad, siempre que no excedan de dos millones de pesetas, no necesita de más explicitaciones ni de aclaraciones complementarias (*in claris non fit interpretatio*), y no puede quedar sin efecto por la manifestación unilateral hecha ante Notario por una de las partes, reduciendo la cuantía de tal responsabilidad, pues la propia naturaleza unilateral de esa manifestación la desprovee de toda eficacia para vincular a la otra parte, y más que elemento interpretativo para hallar el sentido de un contrato es una interpretación particular de un convenio, incapaz de invalidar la exégesis judicial del mismo.

Prueba: Valor de la confesión.—La confesión judicial de la sociedad actora relativa a un acto incidental, calificada por la Sala de «aislada y episódica», carece de influjo para desvirtuar la apreciación conjunta de la prueba, pues es doctrina reiterada que no tiene prevalencia sobre el resto de las pruebas, al no ser ya prueba plena, ni hay posibilidad de apreciarla si no es decisiva, clara y terminante. (Sentencia de 16 de julio de 1984; no ha lugar.) (G. G. C.)

42. *Responsabilidad civil. Culpa. Solidaridad.*—Todo el esfuerzo en él desarrollado para eliminar la relación de culpabilidad en el entrenador y en el Estado está condenado al fracaso.

La culpa o negligencia tanto en la órbita del Derecho civil como del «ius puniendi», viene actualmente elaborada con arreglo a un muy amplio y flexible esquema que permite comprender dentro de él, desde lo que viene denominándose en ambos órdenes jurídicos «culpa con previsión», caracterizada por constituir la frontera no siempre fácilmente determinable entre la pura negligencia y el «dolo eventual», tanto civil como penal, hasta la simple omisión de los cuidados, diligencias o cautelas propios de un normal padre de familia, sin olvidar tampoco las conductas asociales peculiares de quienes sobre la base de encontrarse en condiciones psíquicas idóneas para preveer como posible la producción de un resultado dañoso, sus módulos psicológicos o acaso amorales les conducen a eliminar mentalmente la posibilidad de su producción e incluso a que les resulte indiferente que ello acontezca, razón por la cual se abstienen de adoptar las preveniciones oportunas, conductas estas que bien merecen la calificación dada por un conocido jurista de «pecados de desamor», y en la que ha incidido el entrenador en cuestión.

Dado que cual tiene declarado con insistencia esta Sala, en materia de responsabilidad extracontractual preside «el saludable rigor que impone la seguridad de personas y cosas», lo que conduce a «la unidad de responsabilidad frente al perjudicado» y a una correlativa unicidad de la prestación de varios responsables...

Ha de tenerse en cuenta que en los supuestos recogidos en el art. 1.903 y conforme tiene declarado con insistencia esta Sala, la responsabilidad de las personas o entes en él descritos no es nunca subsidiaria sino directa, sin perjuicio de que caso de concurrir con el materialmente causante del daño surja la solidaridad. (Sentencia de 29 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (L. R. A.)

43. *Responsabilidad extracontractual. Doctrina del riesgo (condiciones).*—Si bien es cierto que en los supuestos de causación de riesgos por actos de una persona o entidad la doctrina de esta Sala ha proclamado la necesidad de llegar a una inversión de la carga de la prueba, haciendo recaer sobre aquel que provocó el riesgo el «onus probandi» de que utilizó toda su diligencia para impedir la causación del mal, no sólo no hay constancia de que la empresa demandada provocara riesgo alguno, al constar mediante informe suscrito por la Guardia Civil «que ese día no se abrieron las compuertas y trabajó un solo grupo de la central, que por otra parte está situada a no menos de 30 kilómetros del lugar del accidente», sino que además entre el hecho que se pretende imputar a la empresa recurrida —el aumento del caudal— y el daño producido —la muerte por inmersión en el río del marido de la recurrente— faltaría cualquier clase de nexo causal, al resultar acreditado que, como se apuntó anteriormente, no puede admitirse como conclusión lógica que una subida del nivel del agua de 16 cms. sea suficiente para arrastrar a un buen nadador, de no coincidir otras circunstancias determinantes, habiendo más bien de atribuirse el óbito a la circunstancia, ya señalada, de que la víctima se aventuró a cruzar el río por un lugar en que existe fuerte corriente y considerable profundidad, en ocasión en que el caudal estaba creciendo... (Sentencia de 14 de febrero de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

44. *Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba. No existe.*—Como ha sentado con reiteración esta Sala, el error de derecho en la apreciación de la prueba sólo tiene lugar cuando se desconoce el valor probatorio de un medio de prueba, violándose un precepto procesal que lo ampara y que debe ser citado expresamente en el recurso..., es también doctrina jurisprudencial constante la de que las actas de la prueba testifical, cuya valoración, por otra parte, se opera libremente por el juzgador de instancia, no tienen el carácter de documentos auténticos a los fines de casación.

Responsabilidad extracontractual. Doctrina del riesgo.—El hecho de que una de las partes, con su actividad, en este caso mercantil, ocasione un riesgo, le obliga a acreditar que, en caso de concretarse aquel riesgo en la producción de un daño, se procedió por parte del agente creador del riesgo a la adopción de cuantas medidas fueren racionalmente exigibles para prevenir el daño, lo que en el caso de autos no consta, toda vez que apareciendo del informe del Ministerio de Industria y Energía la existencia de un riesgo de incendio en la industria del demandado, «dada la naturaleza y combustibilidad de las materias primas», no aparece que la referida demandada recurrente adoptase las medidas precautorias suficientes para evitar un incendio que, producido que fue en su propia industria, llegó a ocasionar daños y perjuicios a la actora...». (Sentencia de 15 de febrero de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

45. *Responsabilidad extracontractual*.—«... declaración de culpabilidad que siempre habrá de conjugarse atendiendo a las circunstancias de persona, tiempo y lugar, a más del sector del tráfico o de la vida social en que tal conducta se proyecte, determinando así si el agente acomodó su actuar al cuidado, atención o perseverancia exigibles y con la reflexión precisa, encaminada a evitar un perjuicio de bienes dignos de protección jurídica», según sentencias que se citan.

Documento auténtico.—No tiene este carácter el testimonio emanado de actuaciones penales.

La sentencia absolutoria recaída en un proceso penal no prejuzga la valoración que de los hechos culposos o negligentes pueda hacerse en la vía civil. (Sentencia de 31 de enero de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

46. *Responsabilidad civil: Existencia de nexo causal*.—Aparece clara la responsabilidad del recurrente en la causación de los daños, sin que conste acreditada la intervención de tercero como productora de aquellos, de modo que pudiera interrumpir el nexo causal entre la acción culposa y el resultado perjudicial para la recurrida, ni consta nada probado que permitiera hablar de una autoría alternativa o conjunta en la causación dañosa.

Concurrencia de varios agentes.—En el supuesto de concurrencia de varios a un acto ilícito, cada uno de ellos, en defecto de otra prueba, debe responder del mismo.

Indeterminación del causante del daño.—En el mismo caso, cuando no puede determinarse cuál de los varios copartícipes ha causado el daño mediante su conducta, responderán todos ellos, lo que no es opuesto a que habiéndose demostrado únicamente culpa en el recurrente y en la entidad concedente responden ambos solidariamente. (Sentencia de 11 de febrero de 1985; no ha lugar.)

HECHOS.—La entidad demandada, «Catalana de Gas y Electricidad», tenía abierta una zanja el día 8 de junio de 1978 en una calle de Barcelona para efectuar trabajos de comprobación del estado de sus instalaciones. Aprovechando dicha zanja, la entidad codemandada, «Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S. A.», a través de su contratista, don Alberto Royuela, procedió a la instalación de cuatro cables de tendido eléctrico, situándolos entre la canalización propiedad de «Catalana de Gas» y de la «Compañía Telefónica», pese al escaso espacio existente entre ambas. Como consecuencia de esa operación de instalación efectuada por el señor Royuela, rompió la protección de los cables telefónicos mediante una picadura realizada por una herramienta perforadora, lo que se produjo debido al escaso espacio existente entre los conductos de la «Compañía de Gas» y los de la «Telefónica». Se probó que entre ambas conducciones (las de gas y teléfono) y transversalmente a ellas, el contratista de FECSA dispuso, incorrectamente, cuatro cables singulares para conducción eléctrica, disposición que se modificó posteriormente.

El Juzgado dictó sentencia estimando la demanda en cuanto iba dirigida contra «Fuerzas Eléctricas de Cataluña» y don Alberto Royuela Fernández, a quienes se condenó a satisfacer a la actora «Compañía Telefónica Nacional de España» el importe de los daños, solidariamente, con absolución de la otra demandada, «Catalana de Gas y Electricidad».

La Audiencia confirmó esta sentencia. Interpuesto recurso de casación por don Alberto Royuela, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo, con la doctrina arriba sintetizada.

NOTA.—En esta sentencia se tocan algunos puntos de interés. En primer lugar, se trata, aunque de modo tangencial o implícito, el problema de la responsabilidad o irresponsabilidad del comitente por daños ocasionados a terceros por el contratista. Es una cuestión de la que me ocupé en mi libro *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, pp. 69-71, y luego en la obra colectiva *Conferencias sobre el seguro de responsabilidad civil*, Bilbao, 1979, pp. 94-97, en lo que a este punto se refiere. Más tarde volví sobre el tema en el artículo *De nuevo sobre el problema de la aplicabilidad del art. 1.903 del Código civil a las relaciones entre comitente y contratista*. Dado un cierto confusionismo que a mi juicio se daba en la jurisprudencia, recientemente he escrito el artículo *Otra vez sobre el problema de la responsabilidad o irresponsabilidad del comitente por daños causados por empleados del contratista (antecedentes y comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1984)*, actualmente pendiente de publicación en «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario». El anterior trabajo fue publicado en «Estudios de Deusto», vol. XXVIII/2, julio-diciembre de 1980, pp. 255-272.

El problema a que vengo refiriéndome fue objeto de una interesante nota en este ANUARIO por parte de Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, comentando la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1980, en la que fue ponente —como en ésta que ahora nos ocupa— don Jaime Santos Briz (la nota está en el volumen XXXIV, 3, 1981, pp. 914-916).

En su comentario, CABANILLAS puso de relieve cómo la doctrina de aquella sentencia difería de la sostenida por los autores españoles (citándose, al efecto, como único ejemplo, con suma e inmerecida deferencia, mi referido libro *Lecciones sobre responsabilidad civil*), excepción hecha de SANTOS BRIZ, ponente como queda dicho en aquella sentencia y en ésta de ahora.

Al comentar yo la de 31 de octubre de 1984 (*Otra vez sobre el problema...*, citado), intentaba poner de manifiesto que a pesar de alguna vacilación jurisprudencial parece imponerse en la doctrina del Tribunal Supremo la tesis que personalmente me convence, esto es, la de que el comitente en principio no responde de los daños causados a terceros por el contratista si, como es característico del contrato de obra, el contratista actúa con independencia funcional respecto del comitente y sin seguir las instrucciones de éste. La inexistencia de vínculo de supeditación y la necesidad —a mi juicio— de interpretar restrictivamente el artículo 1.903 del Código civil conduce, a mi entender, a la conclusión citada, susceptible, eso sí, de excepción cuando no concurra la primera circunstancia, esto es, cuando se acredite que el contratista, al actuar, lo hacía siguiendo órdenes o instrucciones del comitente, directamente determinantes de la producción del daño.

Esto último es lo que ocurre en la sentencia que ahora comento, en que la Sala del Supremo da por sentado —sin que sea un hecho debidamente combatido en casación— que hubo culpabilidad por parte de la entidad concedente, denominación con la que se refiere la sentencia al comitente de la obra, es decir, a «Fuerzas Eléctricas de Cataluña», sociedad que por cierto no recurrió en casación, pues sólo lo hizo el contratista señor Royuela. Parece, pues, que los órganos judiciales de instancia apreciaron culpa en el comitente, que probablemente consistió en haber dado instrucciones al contratista sobre la forma de hacer el trabajo, que fue lo que dio lugar al daño. Si es así, estamos plenamente conformes con la doctrina de la Sala, que por otro lado no pudo ser distinta por la manera en que se produjo el recurso de casación y por el hecho de que éste no es una tercera instancia, como reiteradamente tiene declarado ya el Tribunal.

No estaríamos de acuerdo con el desenlace del pleito —independientemente de la doctrina de casación, que tiene que correr por sus propios cauces— si no se hubiera probado en él que la entidad comitente había gobernado la ejecución de la obra mediante instrucciones u órdenes en tal sentido al contratista.

Otro punto que toca la sentencia es el relativo a daños causados por varios

agentes, en el que la Sala se inclina por la responsabilidad solidaria de todos ellos, con lo que reitera impecable parecer de varias sentencias anteriores que no es del caso citar.

Por fin, aunque un poco de soslayo, la sentencia se manifiesta también sobre el supuesto en que no puede determinarse cuál de los varios copartícipes ha causado el daño mediante su conducta, hipótesis en la que la Sala se inclina por la responsabilidad solidaria de todos los implicados.

Este es un problema muy interesante, sobre el que he tenido ocasión de escribir en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» (*Indeterminación del causante de un daño extracontractual*, comentario a las sentencias de la Audiencia Territorial de Burgos de 4 de diciembre de 1980 y de Palma de Mallorca de 24 de enero de 1981, tomo LXXXVI de la segunda época, enero 1983, pp. 23 a 76), y en «Estudios de Deusto», *Notas sobre el daño extracontractual causado por el miembro indeterminado de un grupo*, ampliación del artículo anterior y que se halla actualmente en prensa.

Lo que sí debo hacer notar es que en el caso que nos ocupa no se trataba propiamente de indeterminación del causante del daño, pues la Sala del Supremo dice que se había demostrado únicamente culpa en el contratista y en el comitente, que es a quienes se condena de forma solidaria. Como digo, esta frase excluye la hipótesis propiamente dicha de indeterminación del sujeto causante del daño, que se limita a aquel caso en que varias personas actúan de forma peligrosa y una de ellas causa el daño (sólo una), pero sin que se sepa de quién se trata. Por ejemplo, varios niños disparan fusiles de aire comprimido y un proyectil hiere a otro niño. Se sabe que ha tenido que causar el daño uno de los primeros, pero se ignora quién en concreto. En el caso de autos, insisto, la Sala da por sentado que el daño lo han causado los dos condenados, comitente y contratista, lo que me hace pensar que la doctrina que la Sala sienta al respecto era aquí, en rigor, de innecesaria cita.

(R. de A.)

47. *Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual.*—Entablada por una compañía aseguradora —por subrogación en los derechos de la asegurada, a quien indemnizó los daños— acción de reclamación de tales daños contra la empresa transitoria con la que el dueño de la mercancía había contratado el transporte, contra la empresa a quien la transitoria había encomendado el transporte (denominada asentista), contra el dueño del camión en que se transportaba la maquinaria y contra el conductor del mismo, la Sala de instancia acierta al aplicar al caso preceptos relativos a la responsabilidad extracontractual, pues por un lado se da la existencia de una relación contractual de la entidad propietaria de la maquinaria con quienes se encargaron del transporte (la sociedad transitoria), y por otro hay falta de toda relación derivada de contrato con quienes materialmente realizaron el transporte (la entidad asentista —que era la recurrente—, el dueño del camión que con ella contrató y el conductor del mismo. Circunstancias fácticas que no obstan a que se acuerde indemnización que haya de satisfacerse solidariamente por unos en concepto de contratantes de los servicios del actor y por otros en concepto de responsables por culpa extracontractual.

Responsabilidad extracontractual derivada del contrato.—A continuación la Sala desarrolla una original doctrina, diciendo que «si bien los daños surgieron en el cumplimiento de un contrato de transporte, no puede decirse que se debieran al cumplimiento normal de dicho contrato, sino mediatamente del mismo y sí directamente de un accidente de circulación durante el transporte con daños en la máquina transportada a consecuencia de la impericia de quienes ordenaron y realizaron el viaje, habiéndose declarado por esta Sala (Sentencias de 14 de abril de 1981, 8 de noviembre de 1982, 9 de marzo de 1983 y 10 de mayo de 1984,

entre otras) que no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial, supuesto que en el caso debatido no se dio, en cuanto se trató simplemente de un accidente sobrevenido por una conducción defectuosa de un vehículo de motor, al no haberse observado por quienes en ella intervinieron las precauciones que venían impuestas por la carga que transportaba, derivándose de todo esto que sin perjuicio de la base contractual entre los interesados en el transporte han de operar, como consecuencia del mismo, relaciones extracontractuales...».

Solidaridad de quienes intervinieron en la realización del transporte.—En el siguiente considerando, la Sala declara la procedencia de la condena solidaria de todos cuantos intervinieron en el transporte, independientemente de que estuvieran ligados con el dueño de la mercancía por una relación contractual (el transitario) o extracontractual (los demás demandados), sobre todo teniendo en cuenta la doctrina expuesta en el apartado anterior, esto es, la de que los daños surgieron fuera de la órbita de lo pactado y del desarrollo normal del contenido negocial, lo que determina que el aspecto contractual queda situado al margen.

Responsabilidad del asentista por hechos de sus dependientes o auxiliares.—Si bien la sentencia recurrida califica de asentista, desde el punto de vista del transporte, a la entidad recurrente, a tenor del art. 379 del Código de comercio, ello ha de entenderse como limitado al ámbito estricto del contrato, pero no obsta a que tal asentista, considerado en la perspectiva del art. 1.903 del C. c., aludido por la misma sentencia, opere como empresa responsable por los daños que causen sus dependientes o auxiliares en el cumplimiento del contrato, que actuaron, según consta probado, siguiendo las instrucciones que la misma empresa les impartió...».

Aplicación de los artículos 1.101 y 1.903 del Código civil.—En cuanto a la no aplicación del art. 1.101, no se descubre esta aplicación como necesaria en el supuesto litigioso, en cuanto que se acudió al art. 1.902, sin perjuicio de sostener que tanto uno como otro precepto pretenden una finalidad común, que es el resarcimiento de daños o la reparación de derechos lesionados, sin más limitación que evitar que se produzca una doble indemnización por un mismo hecho causante de daños resarcibles...». (Sentencia de 9 de enero de 1985; no ha lugar.)

NOTA.—Nos parece que la doctrina que casi, o sin casi, hace entrar en el terreno de la responsabilidad extracontractual los fenómenos de incumplimiento de obligaciones contractuales que, según se dice, salen del cumplimiento normal del contrato, es poco afortunada e innecesaria.

Poco afortunada, porque, por ejemplo, en el caso de autos se trataba claramente, a nuestro juicio, de un incumplimiento de la obligación o un cumplimiento defectuoso característico del deber de actuación del transportista. Colocar mal la mercancía transportada y por ello sufrir un accidente es, según creemos, la forma más característica de incumplir el porteador sus obligaciones contractuales. Si no lo es ello, no vemos qué es lo que pueda serlo.

Lo que acontece dentro de la rigurosa órbita de lo pactado, usando términos de otras sentencias citadas por la que comentamos, es cumplir. Y, por hipótesis, cuando tratamos problemas como el del caso de autos, nos referimos a supuestos en que el obligado ha incumplido. Y, según decíamos antes —siguiendo nuestro razonamiento—, parece que estibar mal la mercancía es la forma paradigmática

de incumplir el contrato de transporte, no de incurrir en responsabilidad extracontractual.

Y decíamos también que la citada doctrina nos parece innecesaria. En la resolución comentada se hacen esfuerzos por sujetar a todos los demandados a responsabilidad o deber de indemnizar los daños. Para ello se recurre, si bien a mayor abundamiento, a la doctrina a que venimos haciendo referencia. Cuando en rigor, a nuestro juicio, eso no era necesario, pues nada impide —como la propia sentencia razona— que de un mismo hecho resulte para unos responsabilidad contractual y para otros la aquiliana, que en definitiva se traduce —para todos— en el deber de reparar los daños ocasionados, cualquiera que sea la calificación jurídica que el acto dañoso merezca.

Sin que, por otra parte, sea preciso acudir a tan distorsionante teoría para justificar la responsabilidad solidaria por la que esta concreta sentencia se inclina, pues basta a nuestro juicio que algunos de los responsables lo sean por la vía de la culpa extracontractual para que todos los condenados a resarcir lo sean en forma solidaria, en virtud de la fuerza atractiva que la fórmula de la solidaridad reviste, según creemos, cuando se trata de un daño causado por varios y no es posible decir de él que se trate de un daño derivado de incumplimiento del contrato, esto es, contractual, y por ende sometido a la presunción de mancomunidad del art. 1.137. (R. de A.)

48. *Culpa extracontractual: Muerte en accidente minero: Falta de garantías.*—La resultancia probatoria denota una ausencia de garantías determinantes del resultado dañoso, que justifica cumplidamente la condena de los recurrentes, condena que asimismo hubiera procedido aún admitiendo que se adoptaron las prevenciones reglamentarias, por ser doctrina constante que cuando las garantías adoptadas conforme a las disposiciones legales no han ofrecido resultado positivo, ello revela la insuficiencia de las mismas y que algo quedaba por prevenir, no hallándose completada la diligencia.

Infracción de preceptos laborales.—Es doctrina uniforme que la infracción de ley a que se refiere el ordinal 1.º del art. 1.692 L.E.C. se refiere única y exclusivamente a «normas de rango y naturaleza civil», de aquí que el art. 93 de la Ley de Seguridad Social no pueda amparar un recurso de casación.

Independencia de la jurisdicción civil respecto de la laboral.—La jurisdicción ordinaria no viene vinculada a la laboral, siendo plenamente independiente para valorar conductas cuando se accione al amparo de los arts. 1.902 ss. C. c. (Sentencia de 8 de octubre de 1984; no ha lugar.) (G. G. C.)

49. *Culpa extracontractual: Daños por excavadora en cable de alta tensión: Obrar diligente.*—A tenor del art. 1.104 C. c., aplicable tanto a la culpa contractual como a la aquiliana dado su carácter genérico, la diligencia exigible en el obrar u omitir es la que responda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, es decir, la racional y ordinaria cautela que debe acompañar a todos los actos de los que puedan derivarse daños posibles; premisas que en el presente caso llevan a la conclusión de negar la concurrencia de un actuar culposo en la conducta de la empresa realizadora de las obras de excavación, pues si se atuvo rigurosamente a la información que previsoramente solicitó, tanto de la Corporación local titular de la vía pública que iba a ser pavimentada, como de la sociedad actora propietaria de la línea de alta tensión que discurría por el subsuelo de la calle, iniciando tales trabajos por lugar que, según tales antecedentes, no ofrecían riesgo alguno para tal instalación, es manifiesto que no puede reprochársele a la

demandada un obrar irreflexivo o falta de cautela y previsión integrador de una conducta culposa sobre la que asentar la responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos por la recurrente. (Sentencia de 18 de septiembre de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Obsérvese que el daño resulta ocasionado por la defectuosa información proporcionada por la propia entidad perjudicada y el Ayuntamiento, un tercero en el pleito, por lo cual no parece equitativo hacer aplicación de la doctrina del riesgo ni de la responsabilidad por hecho lícito. Ni social, ni jurídicamente cabe exigir más a la empresa constructora. (G. G. C.)

50. *Congruencia. Condena solidaria.*—No incurre en incongruencia la Audiencia que, resolviendo el recurso de apelación planteado por uno de los dos demandados condenados solidariamente, revocó la sentencia de instancia respecto de él y del otro condenado que se abstuvo de ejercitar la alzada, puesto que de la propia naturaleza del vínculo solidario que, precisamente declaró e impuso el Juez *a quo*, resulta que los efectos de la actuación procesal de uno alcanzan al coobligado por la fuerza expansiva de la solidaridad, siendo lógico que la declaración obligatoria de la condena al pago respecto de uno, por inexistencia objetiva de la obligación, afecte a los demás condenados solidariamente.

Responsabilidad contractual. Concurrencia con la extracontractual.—Postulada la indemnización reclamada por los demandantes, inquilinos de inmueble, arruinado, a los propietarios del mismo, precisamente en tal condición de arrendatarios, carece de sentido pretender la aplicación al caso del art. 1.907 del Código civil, precepto relativa a la responsabilidad extracontractual, para el resarcimiento de los daños causados por la situación de ruina del inmueble por falta de las reparaciones necesarias. (Sentencia de 17 de junio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—En el caso, los inquilinos del inmueble demandaban a sus copropietarios, así como al de un solar contiguo y al constructor y técnico que llevaron a cabo en este último una obra que, según los demandantes, fue la causante de la ruina del citado inmueble arrendado, que no fue reparado por sus propietarios, quienes procedieron a solicitar la declaración de estado de ruina.

La Sentencia de 1.ª Instancia absolvió al propietario promotor, contratista y técnico y condenó a los arrendadores del inmueble arruinado a indemnizar a los arrendatarios. Estos recurrieron en apelación, pero tan sólo en cuanto a los demandados condenados, pretendiendo el incremento de indemnización (con lo que la Sentencia quedó firme para los restantes demandados no condenados); de otro lado, en casación no se combatió la declaración de la Sala sentenciadora de que la ruina no derivó del incumplimiento de la declaración de reparar del arrendador, sino de actividades de terceros absueltos. (J. C.)

51. *Daños físicos causados por conducción eléctrica. Responsabilidad. Interpretación del artículo 1.902 del Código civil.*—El demandante, ahora recurrido, hallándose trabajando en el terrado propiedad de quien le contrató, al proceder a instalar unos tubos para la conducción del agua al depósito existente en el terrado dicho, recibió una fuerte descarga eléctrica que le produjo lesiones físicas, a consecuencia de la caída sobre el mismo de un cable de alta tensión que existía sobre el referido terrado, para la conducción eléctrica, de la Compañía «Hidroeléctrica de Cataluña. S. A.».

El mero cumplimiento de formalidades administrativas, cuando se aprecia que éstas han sido insuficientes, no exonera de la responsabilidad que resulta, como en el presente caso, del mantenimiento peligroso de conducciones eléctricas de alta tensión, que aunque autorizadas en su día no se adaptan a la realidad existente hoy, sesenta años después, creadora de circunstancias de hecho distintas emanantes de construcciones de mayor altura, y con elementos de diferente índole derivados del avance técnico que en cuanto han sido construidas presuponen consentimiento compatible con dicha conducción eléctrica, que al resultar actualmente generante de posibles peligros, suficientes para generar la responsabilidad que la presente sentencia acoge, en ortodoxa aplicación de la reiterada doctrina jurisprudencial.

Interpretación del artículo 1.902 del Código civil.—No hay interpretación errónea del art. 1.902 del Código civil cuando hay una vinculación de causa a efecto y consiguiente nexos causal, como en el presente caso, lo que claramente revela que concurren los requisitos exigidos para la aplicación del artículo en cuestión, a saber, acción u omisión, resultado dañoso y relación causal, aunque pudiera apreciarse un cierto matiz de imprudencia en la actuación del recurrido, lo que únicamente influye a efectos de la determinación del «quantum» indemnizatorio. (Sentencia de 29 de junio de 1984; no ha lugar.) (P. M. H.)

52. *Daños en cable telefónico subterráneo. Responsabilidad extracontractual. Requisitos de matiz fáctico y de índole jurídica. Previsibilidad.*—Reiterada doctrina de esta Sala (SS. 5 de junio de 1948, 12 de mayo de 1964 y 9 de junio de 1969) ha establecido en relación a los supuestos exigibles para la estimación de la responsabilidad extracontractual, que entre los requisitos de ésta a efectos de casación, es necesario distinguir los que participan de un acusado matiz fáctico, de aquellos otros de predominante índole jurídica, destacando entre los primeros la existencia de acción u omisión determinante de la producción del evento dañoso y el propio daño originado, y entre los segundos la culpa o negligencia atribuible al agente y la relación de causalidad entre el daño y la falta, siendo de destacar que la calificación de la acción u omisión como culposa o negligente exige la posibilidad de la previsión por el agente de que el resultado dañoso podía originarse, por omisión de aquella diligencia que exige la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. (Sentencia de 20 de junio de 1984; no ha lugar.) (E. M. S.-R.)

53. *Daños en edificación colindante. Relación de causalidad.*—Aunque resulta acreditado un daño real en las casas, y también existencia de obras efectuadas por el propietario de la finca colindante, sin asistencia de la oportuna dirección técnica, lo que no puede afirmarse justificado adecuadamente es que los daños que se pueden apreciar sean consecuencia directa y necesaria de las obras realizadas, y de lo actuado en el procedimiento no puede deducirse tal relación, pues la vejez y abandono de las casas dañadas hacen dudar que los mencionados daños procedan de ello o de la obra efectuada. Para apreciar la existencia de culpa extracontractual, en este supuesto, faltan dos requisitos que no son otros que la existencia de acción u omisión culposa o negligente atribuible al agente y la relación de causa a efecto entre tal norma de conducta y el resultado dañoso. (Sentencia de 28 de mayo de 1984; no ha lugar.) (E. M. S.-R.)

4. Derechos reales

54. *Casación. Error de hecho resultante de documentos auténticos.*—Es necesario no sólo individualizar y concretar los documentos que muestran la supuesta equivocación, sino aquella parte de los mismos que se halle en contradicción palmaria con los hechos fijados formalmente en la Sentencia combatida.

Idem.—Según tiene declarado reiteradamente esta Sala, no goza del carácter de documento auténtico a estos efectos la certificación de conciliación.

Igualmente, tampoco las actas notariales tienen el carácter de documentos auténticos a los fines del recurso de casación.

Usucapión: Interrupción.—Conforme declaró la sentencia de 23 de diciembre de 1961, no es justificado invocar, pese a su similitud, el artículo 1.973 del Código Civil, relativo a los modos de interrumpir la prescripción extintiva, en cuanto a la interrupción de la usucapión, ya que su mandato no puede proyectarse frente a la prescripción adquisitiva del dominio y una simple reclamación no es suficiente para interrumpirla, produciéndose tal evento sólo cuando se cesa en la posesión más de un año (artículo 1.944 del Código Civil), o cuando el poseedor se ve demandado judicialmente (artículo 1.943). (Sentencia de 20 de septiembre de 1984; no ha lugar.) (J. C.)

55. *Doble venta: Venta de la nuda propiedad.*—El precepto que regula el conflicto ocasionado por la pluralidad de ventas sobre una misma cosa, es de aplicación, por identidad de razón, aunque alguno de los contratos venga referido a la nuda propiedad ya que se trata también de un negocio traslativo a título oneroso con la específica clarificación de compraventa, y el nudo propietario comprador ostenta un derecho preeminente, al que corresponde un poder dispositivo que el usufructuario no puede menoscabar.

Principio da mihi factum: Cuestiones planteadas en conclusiones.—No se infringe este principio por no tener en cuenta cuestiones planteadas en el escrito de conclusiones —trámite no idóneo para plantear cuestiones nuevas— silenciadas en la fase expositiva de la litis, sorprendiendo así al adversario con la alegación de distintos razonamientos o la utilización de preceptos y excepciones por vez primera, que de ser acogidas provocarían una clara incongruencia.

Casación: Presunciones: Criterio del Tribunal de Instancia.—La determinación del vínculo entre el hecho básico y el deducido constituye una operación valorativa que es cometido del Tribunal de Instancia sólo revisable cuando su desacierto sea patente. (J. C.)

Tercero hipotecario. Requisito de buena fe.—El elemento de la buena fe, esencial al concepto del tercero hipotecario, pone a cargo de quien invoca la protección tabular una diligencia mínima en la formación del estado cognoscitivo, por cuanto no cabe prescindir de un deber moral de averiguación aludido por la jurisprudencia en sentencias de 28 de julio de 1941 y 14 de marzo de 1963.

Venta con reserva de usufructo y tradición.—La reserva del usufructo no impide considerar producida la traditio instrumental ínsita en el otorgamiento de escritura pública de compraventa de la nuda propiedad (al amparo del art. 1.462,

párrafo 2.º, del Código civil) por cuanto el alcance y significación literal del artículo 609 de dicho Código ha de ser puesto en concordancia con las particulares notas de la propiedad adquirida. (Sentencia de 17 de diciembre de 1984; no ha lugar.) J. C.

56. *Accesión inmobiliaria: Doctrina general sobre edificación en terreno ajeno.* El acto de edificar en terreno ajeno puede revestir las modalidades que contempló la S. de 17 junio 1961: a) con plena conciencia por parte del constructor de que el suelo no le pertenece, en cuyo supuesto pierde lo construido en beneficio del dueño del terreno sin derecho a indemnización, y si éste no opta por la demolición de lo edificado a costa del propio constructor (arts. 362 y 363 C.c.), rigiendo el principio *superficies solo cedit*; b) en la creencia de que el terreno le pertenece, supuesto en que el dueño del solar tiene la facultad de hacer suya la obra, con indemnización al constructor y si no prefiere obligarle a pagar el precio de lo ocupado (arts. 361 en relación con 453 y 454 C.c.); y c) cuando el constructor rebasa los linderos de su finca e invade la contigua, sin dolo o culpa grave, extralimitándose con lo edificado, en cuya situación ganará el constructor la propiedad del todo, si bien el dueño del terreno tiene el derecho de percibir del edificante, como contraprestación, no sólo el valor del terreno ocupado sino además la indemnización reparadora de daños y perjuicios por imperativo del art. 1.902 C. c., como precisó la S. de 15 junio 1981.

Construcción extralimitada: Requisitos.—En el supuesto de construcciones extralimitadas esta Sala ha rechazado la rígida aplicación de la regulación legal de las construcciones en suelo ajeno, con materiales propios y de buena fe, acogiendo la denominada *accesión invertida*, respecto de la cual hay doctrina legal que exige tres requisitos: 1.º) Que la construcción o edificación invada terreno aledaño ajeno, 2.º) que esta inmisión se efectúe de buena fe, para lo cual es indispensable que el propietario que sufre la invasión no se haya opuesto oportunamente, y 3.º) que con la edificación resulten un todo indivisible el terreno ocupado y lo edificado sobre él, por el valor desproporcionadamente superior de lo construido en contraste con el del terreno ocupado o invadido, debiendo señalarse el carácter excepcional de esta doctrina, del que se sigue la exigencia estricta tanto del supuesto para el que fue creada como de sus requisitos.

Inaplicación de la accesión invertida a la construcción que infringe servidumbre de luces y vistas.—Tal doctrina es inaplicable al caso de la construcción de una escalera que, en parte, conculca el ordenamiento de una servidumbre de luces y vistas constituida por título, no obstante las advertencias del dueño del predio dominante y hallarse publicada por el Registro de la Propiedad, pues ello significaría alterar el régimen de constitución de las servidumbres y los modos de extinguirse éstas, actuando en el caso a la manera de una redención forzosa de la servidumbre, habiendo advertido la S. de 10 diciembre 1980, no ser la accesión, tanto la continua como la invertida, medio hábil para adquirir una servidumbre de luces y vistas.

Mala fe del constructor.—En todo caso, lo determinante y decisivo es que todas las sentencias recaídas en materia de accesión invertida exigen al beneficiario el indispensable requisito de la buena fe, rotundamente negado en este caso. (Sentencia de 1.º de octubre de 1984; no ha lugar.)

NOTA: La sentencia extractada es digna de destacarse bajo distintos aspectos. En cuanto a su fondo, por dejar claramente sentado que la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida no puede invocarse en el caso de que la construcción extralimitada infrinja una servidumbre de luces y vistas legalmente constituida. En cuanto a su forma, por la rigurosidad de la argumentación, depurada selección de los hechos básicos relevantes y claro planteamiento del *thema decidendi*, como resulta ya habitual en el Ponente (Serena Velloso).

Quando en la doctrina se va difundiendo la opinión de que el principio clásico de la accesión inmobiliaria *superficies solo cedit*, recogido fundamentalmente en el art. 361 C.c., no resulta ya conforme con las modernas necesidades económico-sociales, especialmente en el ámbito de la construcción inmobiliaria, puede sorprender que se le siga considerando como «regla general y legal» (tercer considerando). Sin embargo, parece oportuno su recordatorio cuando recientemente el legislador ha tenido ocasión de reafirmarlo (art. 1.359 reformado en 1981), rectificando, por cierto, la normativa anterior de materia de gananciales. Con ello no se niega la doctrina jurisprudencial de la accesión invertida, sino que se fijan con más precisión sus límites estableciéndose a modo de un balance general (segundo considerando). Es cierto que el argumento fundamental para rechazar el recurso ha sido la ausencia de buena fe en el constructor, pues la Comunidad de Propietarios, que había actuado tempranamente interponiendo, con éxito, interdicto de obra nueva, hizo saber inequívocamente su oposición al propietario del fundo sirviente; con todo, la aplicación a las servidumbres de la invocada doctrina resulta en extremo forzada y es susceptible de crear mayores problemas que los que trata de resolver. (G. G. C.)

57. *Acción de deslinde: Improcedencia.*—Como ha puesto de relieve reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo (S.S. 14 de enero de 1936, S. 27 de abril de 1981, etc.) la confusión de linderos constituye presupuesto indispensable para la práctica del deslinde, y por ello la acción no será viable cuando los inmuebles se encuentran perfectamente identificados y delimitados, con la consiguiente eliminación de la incertidumbre respecto a la aparente extensión superficial del fundo y a la manifestación del estado posesorio; pero en todo caso es manifiesto que el primordial elemento de la confusión en la zona de tangencia de los predios no se producirá, obviamente, cuando se hallan separados por instalaciones de cierre, con independencia de que la superficie abarcada se corresponda o no con la extensión objetiva del correspondiente derecho de dominio, como es el caso del presente recurso, que constituye problema a dilucidar en contienda diversa a la suscitada con la acción de deslinde, estrictamente encaminada a precisar una línea perimetral inexistente en su exteriorización práctica.

La acción de deslinde requiere inexcusablemente la existencia de una situación confusa entre los predios colindantes, de modo que se origine la llamada posesión promiscua a que da lugar la indeterminación del lindero que los separa, circunstancia que no es dable apreciar en el supuesto del presente recurso.

Diferencia con reivindicatoria, y declarativa.—No hay interpretación errónea del primer párrafo del artículo 384 del Código civil aunque se argumente que: «este precepto y la acción de deslinde que otorga no precisan la existencia de una situación confusa entre los predios aledaños, pues de lo que se trata es de averiguar si tales alambradas están donde deben estar conforme a los títulos»; ya que al razonar así se desconoce cuál es la naturaleza de la acción esgrimida, cuya exigencia esencial se apoya, en la incertidumbre con la zona colindante de tal manera que si tal confusión no se da en la presente realidad de fondo, la controversia comporta materia propia de la acción declarativa de dominio o, con mayor probabilidad, de la reivindicatoria cuando el actor alega derechos sobre terrenos situados

más allá del lindero existente, pero desde luego no puede ser reconducida al ámbito de la acción de deslinde. (Sentencia de 18 de abril de 1948; no ha lugar.)

P. M. H.

58. *Tercería de dominio: Prueba.*—En desestimar la pretensión del tercerista, al no haberse probado dos de los tres requisitos indispensables para la prosperabilidad de la acción, como son la titularidad del dominio del reclamante y la identificación de la finca que se reclama.

El único documento que se alega es el referido contrato de 1943, que resulta insuficiente, por carecer en sí mismo de la indispensable autenticidad a los fines de casación, al haber sido examinado e interpretado dentro del conjunto de las pruebas practicadas, no demostrando por sí sólo y sin ulterior razonamiento de juicio, lo contrario de lo apreciado por los juzgadores; en cuya valoración, tampoco puede decirse violado el artículo 1.227 del Código civil, como por la vía del número 1 del 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pretende el motivo segundo, pues el indicado precepto lo único que determina es *la fecha de recepción*, respecto de terceros, de un documento privado, al que no atribuye otro valor jurídico que el resultante de su propio contexto, según las manifestaciones de los intervinientes que, en este caso, faltan por lo que se refiere a los supuestos vendedores. (Sentencia de 21 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

L. R. A.

59. *Tercería de dominio: Simulación de compraventa: Prueba.*—En referencia a esa excepción de simulación opuesta a la pretensión reivindicatoria y concretamente al título de propiedad esgrimido, la sentencia lo reputa «suficientemente demostrativo de la titularidad dominical» (considerando tercero) y respecto a la simulación absoluta alegada (considerando sexto) que «la impugnación contractual no ha sido planteada por vía de reconvencción como cauce procesal idóneo», habiéndose limitado la Sociedad demandada a postular la desestimación de *la demanda*, de una parte, y, de otra, que «no se estima la concurrencia de precio envilecido» y «la falta de posesión queda sin respaldo probatorio» amén de las presunciones que en favor de la parte actora fluyen del artículo 1.462 del Código Civil y del 38 de la Ley Hipotecaria; y, fundándose precisamente en la realidad de la compraventa que el Juzgado había negado, revoca la sentencia de primer grado y estima la de *tercería*, en la sentencia aquí recurrida.

Anotación de embargo.—No puede resultar debilitada por el embargo que tiene su acceso al Registro con posterioridad al otorgamiento de la compraventa, ya que los efectos jurídicos del embargo sólo son plenos y por lo tanto alcanzan a terceros a partir del momento en que se haga la anotación, sin que se pueda otorgar a la misma una retroacción que la Ley no establece: doctrina aplicable al caso presente cuanto más que en el mismo la compraventa tuvo acceso al Registro antes que el embargo. (Sentencia de 4 de enero de 1985; no ha lugar.) R. A.

60. *Comunidad de bienes de origen consuetudinario en Galicia.*—«Pues que la posesión, para que produzca sus normales efectos, requiere su desempeño no con aspecto de continuidad, sino con adaptación a las características de las cosas y las posibilidades que las mismas requieran a tal fin...».

«... aparte de que si a tenor de lo normado en el párrafo primero del artículo séptimo del Código civil, tienen amparo los derechos que se ejerciten conforme a las exigencias de la buena fe, teniendo consideración de costumbre «los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad», cual establece el párrafo segundo del número tres del artículo primero del Código civil, unido a que en la aplicación de las normas jurídicas, como pone de manifiesto el párrafo segundo del artículo tercero del mencionado cuerpo legal sustantivo, haya de considerarse la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente el espíritu y finalidad de aquéllas, es de apreciar que la singularidad de una distribución de dominio del monte en cuestión, con asignación de parcelas mediante operaciones particionales llevadas a cabo hace más de un siglo, con posesión indiscriminada entre los adjudicatarios de las parcelas asignadas conforme al ámbito temporal de disfrute que el terreno posibilitaba según sus características, no es significativo más que de una situación fáctica emanante de una manifestación comunitaria de disfrute en modalidad germánica arraigada en Galicia y singularizada, a efectos de atribución de dominio, mediante sucesorias y reflejo en partidas y transmisiones documentadas pública o privadamente y con efectividad provocada con actividades posesorias continuadas o intermitentes adaptadas a las características de la finca, su producción y posibilidades de disfrute». (Sentencia de 20 de diciembre de 1984; ha lugar.) R. de A.

61. *Propiedad horizontal: Gastos.*—El motivo tercero denuncia la violación por inaplicación de la regla quinta del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, siendo así que la sentencia recurrida aplicó rectamente tal precepto, pues el mismo dispone que la contribución de los propietarios de los diferentes pisos o locales a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble se hará con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido y precisamente los estatutos por los que se rige la Comunidad demandante establecieron al respecto un régimen especial.

La fijación de módulos distintos a los significados por la cuota de participación de cada piso o local en el valor total del edificio, sistema estatutario de distribución de gastos al que habrá de atenerse la Comunidad en tanto no sea modificado por la misma con observancia de los requisitos legales establecidos en la norma primera del artículo 16 de la Ley tantas veces mencionada. (Sentencia de 28 de diciembre de 1984; no ha lugar.) L. R. A.

62. *Propiedad horizontal: Impugnación de los acuerdos.*—Como entendió ya la sentencia de esta Sala de 4 de abril de 1984, la interpretación del artículo 16, regla cuarta, de la Ley de Propiedad horizontal no comporta la consecuencia de que cualesquiera acuerdos, con abstracción de su contenido, hayan de quedar todos ellos sujetos a la normativa de dicho precepto, la cual es referible únicamente a las más de las ilegalidades que afecten estrictamente al régimen de propiedad horizontal o a los estatutos privativos de la misma, no susceptibles de homologación con aquellas otras en que la nulidad sea radical e insubsanable.

El plazo de la regla cuarta del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal es de caducidad, no de prescripción.—La impugnación ante la autoridad judicial no puede sustituirse por las reclamaciones extrajudiciales al ser el plazo de treinta días un plazo de caducidad que descansa sobre la necesidad de dar seguridad a las

situaciones jurídicas y opera por el mero transcurso del tiempo... es susceptible de estimación de oficio... no admite la interrupción..., pues sólo el propio ejercicio de la acción deduciéndola impide el efecto precusivo de su fatal perecimiento. (Sentencia de 18 de diciembre de 1984; no ha lugar.) R. de A.

63. *Propiedad horizontal: El presidente de la comunidad ha de ser uno de los propietarios.*—Después de hacerse consideraciones sobre el juego de la autonomía privada en el régimen de propiedad horizontal, la Sala declara que del artículo 12 de la Ley de esta materia se desprende de modo imperativo que el presidente deberá ser uno de los copropietarios y que no si no recae en uno de ellos la designación ésta será nula, por desobediencia a tan claro mandato. Por ello, en el caso de autos, debe desestimarse la demanda interpuesta por quien no era propietario en la comunidad, lo que determina la inválida constitución de la relación procesal, mal establecida al carecer el que actúa como demandante del «carácter» o representación necesaria para interponer la acción propuesta. (Sentencia de 16 de enero de 1985; ha lugar.) R. de A.

64. *Propiedad horizontal: Constitución de su régimen una vez enajenados diferentes pisos o locales.*—La Sala reitera la doctrina de que una vez operada la división por plantas mediante la enajenación de los diferentes pisos o locales, la situación así surgida no permite al constructor o dueño originario otorgar por sí sólo el título constitutivo de la propiedad horizontal, sino que tendrá que serlo por acuerdo de los propietarios existentes, y ello aunque los distintos contratos—en favor de dueños de pisos o locales— carezcan de forma solemne.

Cancelación de asientos registrales del artículo 38, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria.—Sólo es preceptivo instar la cancelación, conforme a los términos literales del Precepto, en la hipótesis de formular pedimento reconvenional contra el derecho inscrito, pero no si el demandado se limita a enervar la acción promovida por el titular registral oponiendo como defensa la nulidad del negocio básico, aunque la excepción pugne con el asiento y en tal sentido se pronunció este Tribunal en sentencias de 9 de junio de 1955, 11 de junio de 1958, 30 de enero de 1960, 28 de mayo de 1965 y 4 de febrero de 1967, cuya doctrina descarta que aquél, para oponerse a una pretensión reivindicatoria o declarativa basada en título inscrito, venga obligado a reconvenir para obtener la declaración de nulidad del derecho registrado y la cancelación del asiento que produjo, a pesar de que subsista la discordancia entre el Registro y la realidad extratabular, que podrá corregirse ulteriormente a instancia de quien venga legitimado para ello.

Actos propios.—No puede tener este alcance la simple pasividad o el silencio, pues ello equivaldría a presumir una renuncia de derechos por la sola circunstancia de un temporal aquietamiento, con olvido de las constantes enseñanzas de la doctrina legal acerca de la necesidad de que el acto dispositivo en que esa causa de pérdida del derecho consiste por abandono o dejación, ha de fundarse en una manifestación volitiva precisa, clara y terminante, sin que sea lícito deducirla de actos o expresiones de dudosa significación o del retraso en el ejercicio del derecho (sentencias que cita).

Carácter de una cubierta o terrado.—Es por definición elemento común y para que se produjese su atribución para uso particular o exclusivo por el titular

de un piso determinado sería menester que así constase en el título otorgado con intervención de los dueños de todos los demás, puesto que ya estaban enajenados aunque no en forma solemne, o que en las escrituras públicas posteriores se hiciese constar un extremo de tanta relevancia, manifestando los compradores su aquiescencia a la radical desviación de la pauta legal.

Tampoco la atribución de un elemento común, como es la cubierta, al particular uso del departamento del recurrente aparece basada en un estado de cosas que la hicieran previsible desde la construcción del edificio, evidenciándola a los posibles adquirentes de los pisos, antes al contrario, no existe comunicación directa, sino que tiene lugar a través de la escalera común y en ese terrado se observan numerosos indicios de uso común. (Sentencia de 25 de mayo de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

65. *Servidumbre de acueducto: Adquirida en virtud de título: Interpretación del contrato.*—El actor que ejercita la acción negatoria pretende que la autorización para construir el acueducto fue dada gratuitamente por razones de parentesco y vecindad, sin que la misma pudiera servir de base para constituir derecho alguno a favor del constructor; pero la sentencia que desestima la demanda se basa no sólo en el contenido literal del documento de autorización, sino en todos los actos anteriores y posteriores, y entre ellos la falta de oposición del concedente al paso del agua por su misma finca durante más de diez años, falta de oposición que continuó después de su fallecimiento, el elevado coste de la construcción de la tubería y, asimismo, el alto importe de la explotación agrícola de regadío de una finca de más de 30 Has. cuya subsistencia no se comprende pudiera quedar supeditada al simple capricho de un tercero y, por último, la declaración de un testigo que dice haber presenciado el trato, por todo lo cual la interpretación de la Sala no puede calificarse de contraria a la lógica, ni atentatoria a la letra y al espíritu del citado documento. (Sentencia de 19 de octubre de 1984; no ha lugar.)

En documento privado se había autorizado la construcción del acueducto, haciéndose constar que «ha sido autorizado por el dueño, don V. E., gratuitamente, por razones de parentesco y vecindad, sin que tal autorización sea base de constitución de derecho a favor de don A. E.». La interpretación de la Sala no deja de sorprender pues los términos del documento parecen claros. La posible prescripción, cuyo plazo difícilmente pudo haber transcurrido, queda soslayada en el penúltimo considerando, pese a haber sido invocada por la Sala, aduciendo que lo fue *ex abundantia*. (G. G. C.)

66. *Derecho de superficie: Rige el principio de libertad de forma.*—El derecho de superficie no requiere para su constitución el otorgamiento de escritura pública, o sea, a modo «ad solemnitatem», salvo concretos supuestos en que así se establezca, como vino siendo en normativa referida a la Ley del Suelo, rigiéndose en consecuencia, cuando esta exigencia no venga legalmente establecida, por las reglas generales que al respecto establecen los arts. 1.278, 1.279 y 1.280 del Código civil, y por tanto por el principio espiritualista de la libertad de contratación (sic) que contiene dicho art. 1.278.

Libertad de forma en la contratación.—La Sala desarrolla la conocida doctrina que interpreta los arts. 1.278, 1.279 y 1.280, que reduce la necesidad de forma a los contratos estrictamente formales (sic), o sea, en los que la ley exija la forma como elemento esencial, imponiéndolo «ad substantiam», bajo pena de nulidad.

Improcedencia de la acción de división de cosa común.—Resultando incuestionable la constitución de un derecho de superficie en relación con la finca X, sobre la que se edificó la granja a que afecta la controversia, no cabe invocar la acción de división propia de la comunidad de bienes (arts. 402 y 404 del C. c.). (Sentencia de 15 de junio de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

67. *Solicitud de cancelación de inscripción registral del artículo 38, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria: Casos en que no es exigible.*—El precepto que se cita como infringido —considerado como uno de los de la Ley Hipotecaria que ofrece más dificultades para desentrañar su exacto significado y alcance— (se refiere al 38, 2 de la Ley Hipotecaria) tiene como finalidad la de mantener en lo posible el paralelismo entre el Registro y la realidad extrarregistral, tratando de impedir que la inscripción de un título pueda coexistir con una sentencia judicial que no obstante declarar la inconsistencia del mismo, no decrete a la vez la cancelación de la correspondiente inscripción..., el precepto sólo es aplicable en los supuestos en que del éxito de las acciones haya de derivar el reconocimiento de un derecho inconciliable con el contenido de una inscripción supuestamente contradictoria o cuando la acción ejercitada persiga la nulidad de un título inscrito; de lo que se deduce que el presupuesto de aplicación de la medida consiste en que se ejercite una acción que contradiga la existencia del derecho registrado, que, de prosperar, implique la cancelabilidad del mismo, debido al antagonismo o incompatibilidad entre el título inscrito y la sentencia que dé lugar a la acción contradictoria; pero no cuando el ejercicio de la acción conduzca a una nueva inscripción que lejos de suponer una contradicción con el anterior derecho inscrito derive precisamente de él... Y en el presente caso es visto que el objeto de la tercería figuraba inscrito a nombre del ejecutado, que efectúa la transmisión a la entidad tercerista que no inscribe en el Registro, no obstante lo cual es válida a todos los efectos, al no ser constitutiva la inscripción en el sistema español de transmisión inmobiliaria, no afectándola la posterior anotación preventiva de embargo, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923 del Código civil; por lo que la acción ejercitada no contradice el dominio inscrito, ya que lo único que persigue, una vez justificada la adquisición de la propiedad, es que no se vea afectado el bien adquirido por el embargo consiguiente a un crédito contra el anterior propietario, sin pretender la nulidad o cancelación de la anterior inscripción, que no sólo no es incompatible con la nueva titularidad, sino que constituye la base indispensable para poder observar el principio de tracto sucesivo en la subsiguiente inscripción registral del nuevo propietario que ejercita la acción de tercería. (Sentencia de 15 de enero de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

5. Derecho de familia

68. *Matrimonio putativo: Derecho transitorio: Presupuestos: Matrimonio.*—No se declara inexistente el matrimonio, sino improbadado, pues en las sentencias de instancia se dice «realmente existente, aunque no justificado, originado bajo el signo de la buena fe».

Matrimonio celebrado en inminente peligro de muerte: Prueba: Ausencia de inscripción: Posesión de estado de hijo legítimo: Inscripción del hijo como legíti-

mo.—El principio referido a la probanza del matrimonio por medio de las actas del Registro Civil, que se establecía en el derogado art. 53 C. c., no es de tan estricto rigor que no admita que esta prueba no pueda ser suplida por otras cuando no existan aquéllas, o hayan desaparecido o se suscite contienda ante los Tribunales; en el presente caso se da la posesión constante de estado y la concesión por los mismos padres de tal posesión cuando inscriben al hijo como legítimo, generando los requisitos de *nomen, tractatum, fama*, que requería el derecho antiguo y la S. de 15 junio 1934.

Buena fe.—Se presume existente en quienes ignoraban no cumplir los requisitos del matrimonio celebrado en inminente peligro de muerte.

Interpretación de los considerandos de las sentencias de instancia: «Nexo de relaciones para-matrimoniales».—Según reiterada jurisprudencia, los considerandos forman un todo con la parte dispositiva en el sentido de que contribuyen a esclarecer y vivificar los pronunciamientos que integran el fallo; en el presente caso se declara probado que «a pesar de no justificarse en los términos que exige el art. 53 C. c. ... La celebración del matrimonio civil que se dice contraído entre don P. L. L. y doña P. M. M., sin embargo entre éstos debió de existir un nexo de relaciones para-matrimoniales plenamente acreditadas, con posesión de estado de hijo legítimo de esa unión por parte del demandante ... bajo el signo de la buena fe»; conforme al «Diccionario de la Lengua Española», la preposición reflejo de prefijo, «para», además de otros significados intrascendentes al caso, tiene el de «finalidad y propósito de una acción», «relación», «causa o motivo», «aptitud, capacidad o preparación para hacer algo», y antepuesto a la expresión «matrimonial» la Sala sentenciadora no ha querido decir que se trata de relación «meramente extramatrimonial», cual pretende la recurrente, sino la de relación o causa matrimonial, aun con los defectos formales que pudieran haber concurrido, derivada de medios de prueba reconocidos al efecto para acreditarlo, ante la falta de posibilidad de acreditación por certificación de acta de Registro Civil». (Sentencia de 29 de mayo de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de la liquidación sucesoria de unas situaciones familiares que tienen su punto de arranque durante la Guerra Civil y cuyos hechos básicos se presentan muy confusos. Resulta aplicable la legislación derogada pues el causante falleció el 19 de octubre de 1978, si bien, de alguna manera, el espíritu de la nueva legislación parece inspirar a los juzgadores, sin mencionarlo de modo expreso, al menos en la S. del T. S. (Pte. Fernández Rodríguez). La *quaestio juris* gira en torno al presupuesto del matrimonio que constituye la base del matrimonio putativo (antes en el derogado art. 69 y ahora en el vigente art. 79 C. c.), pues la doctrina consideraba necesario un principio de celebración conyugal, de suerte que una mera relación fáctica (concubinato según la terminología clásica, o relación extramatrimonial o afectiva según el *usus modernus*, no era suficiente. Lo alegado, al parecer, era un matrimonio celebrado en el frente, en enero de 1937, a continuación de haber sufrido graves heridas el causante, naciendo con posterioridad al actor, que es inscrito como hijo legítimo en el Registro Civil. El padre, exiliado en Francia, retorna hacia 1950 y contrae matrimonio con otra mujer, de la que no tiene descendencia. Fallece bajo testamento en el que declara tener un hijo natural reconocido (el inscrito como legítimo), nombrando heredera universal a su esposa, sin perjuicio de la legítima del hijo y de sus padres. Tanto en primera como en segunda instancia se declara la nulidad del primer matrimonio y la condición de legítimo del hijo, modificándose en consecuencia las disposiciones testamentarias. El T. S. emplea amplia argumentación para aclarar y perfilar el sentido de algunas expresiones ambiguas de las conformes sentencias de instancia.

En efecto, aluden a que el matrimonio es «inexistente por improbable», lo que tomado al pie de la letra haría inaplicable la doctrina del matrimonio putativo si se acepta la inexistencia como categoría independiente de la nulidad absoluta. La prueba que aparece reflejada en el pleito sobre tal matrimonio resulta en extremo precaria, pudiendo considerarse el testamento como manifestación de actos propios contrarios. ¿Se trataría de un «matrimonio de guerra» de los celebrados en la llamada zona roja y de tan dudosa validez? En todo caso, parece que la convivencia se interrumpió al terminar la guerra, y no se reanudó al regresar a España hacia 1950. E. T. S. se cuida de advertir que la frase «inexistente por improbable» hay que interpretarla «según el acta del Registro Civil», pues admite la prueba supletoria que la legislación derogada regulaba.

Más desafortunada es, todavía, la expresión «nexo de relaciones para-matrimoniales» que se consideran acreditadas. Realmente, en un sentido vulgar, no jurídico, habría que decir que con esta sentencia el simple concubinato estaba admitido por el T. S. como generador de los efectos del matrimonio putativo. No hay tal, y son plausibles los esfuerzos de la sentencia para encontrar a la frase un sentido no disconforme con la doctrina tradicional. En consecuencia, no hay cambio en la doctrina de los presupuestos del matrimonio putativo, aunque puede pensarse que los datos fácticos se han apreciado con benevolencia. Por lo demás, el resultado así conseguido hubiera coincidido con la aplicación de la legislación vigente. (G. G. C.)

69. *Apreciación de la prueba: Cita del artículo 1.214 del Código civil.*—Siendo este precepto un principio general sobre atribución de la carga de la prueba, de carácter esencialmente genérico, sin regla alguna encaminada a valorar o dar eficacia a los diversos medios de prueba, no puede servir de base para la casación, puesto que la propia doctrina legal ha exigido muchas veces que el error de derecho requiere la invocación de preceptos relativos a la apreciación de la prueba alegando su infracción y el concepto en que lo hayan sido, y el artículo invocado, como se ha visto, no tiene carácter de valorativo de la prueba.

Separación de hecho: Pactos al respecto.—Lo estipulado en la escritura de capitulaciones matrimoniales y en el documento privado por el que los cónyuges acordaron la separación de hecho y también sobre la situación de los hijos y vivienda familiar no infringe lo ordenado por el art. 1.316 del Código civil, puesto que ese documento se limita a un acuerdo de separación de hecho motivado, como se comprobó en el posterior proceso matrimonial canónico, por el adulterio del esposo y sin que en esa situación pueda en modo alguno imponerse a la esposa la continuación de una convivencia con el cónyuge adúltero, siendo en tal situación lo lícito y moral pactar la separación y proceder a acordar sobre la situación de los hijos y alguna cuestión de carácter económico. Porque ello no afecta a los fines y esencia del vínculo conyugal.

No puede afirmarse que tales convenios impliquen una transacción, pues en el caso debatido no había incertidumbre acerca del matrimonio de los litigantes ni cuestión alguna que hubieran de regular (sic); pero aunque hubiera habido esa incertidumbre, no cabe incluir lo acordado en la prohibición del art. 1.814 del Código civil, cuando ello se refirió a la situación económica del matrimonio y no afectó para nada a la sustancia del vínculo, ni a los derechos de filiación que son indisponibles.

Donación a la esposa.—Se acusa la violación del art. 1.334 del Código civil vigente en julio de 1977, sosteniendo que en la escritura de capitulaciones existió una donación encubierta de 1.450.000 pesetas en dinero efectivo del esposo a la

esposa, apreciación errónea y contraria a la de la Sala de instancia que negó toda existencia de «animus donandi» en este supuesto; motivo también rechazable, porque si bien la intención de donar como estado anímico deducido de ciertos hechos podría ser investigado por esta Sala de casación, sin embargo no puede olvidarse que la Sala de apelación tuvo en cuenta unos hechos de desavenencia matrimonial que no han sido eficazmente impugnados, de los que no cabe deducir «animus donandi» alguno, y a esta conclusión no puede superponerse la apreciación parcial e interesada del recurrente.

Prueba de presunciones.—Cuando se han utilizado como decisivas las pruebas directas no es preciso acudir a la indirecta de presunciones judiciales, ni puede impugnarse el resultado de las primeras acudiendo a las segundas. (Sentencia de 31 de enero de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

70. *Comunidad conyugal aragonesa: Embargo de bienes comunes por deudas privativas del marido: Improcedencia de la tercería de dominio ejercitada por la mujer.*—En el juicio de tercería no puede discutirse, no ya si el dominio de la mujer es desconocido, sino si los bienes comunes embargados deben, o no, responder de las deudas privativas del marido.

Artículo 46. Compilación aragonesa: Procedencia del embargo de bienes comunes.—El art. 46 de la Compilación de Aragón, al prevenir que las deudas posteriores privativas gravan los bienes del cónyuge deudor y, siendo éstos insuficientes al patrimonio común, a salvo siempre el valor que en él corresponde al otro cónyuge, sitúa la cuestión litigiosa en términos de los que claramente resulta la procedencia del embargo trabado sobre bienes del patrimonio común, habida cuenta de que la suficiencia de los bienes privativos del marido era prueba, no efectuada, que correspondía a la esposa demandante.

Salvaguarda de los derechos de la esposa.—Es cuestión distinta la que el artículo 46 de la Compilación significa al expresar «a salvo siempre el valor que el corresponde al otro cónyuge», lo que podrá dar lugar a la correspondiente acción de la mujer de carácter bien distinto a la cuasi-reivindicatoria que la tercería de dominio entraña, sin perjuicio de que en el procedimiento de apremio deba procederse, en primer lugar, contra el inmueble embargado de la exclusiva propiedad del marido, y, de ser el importe que por el mismo se obtenga insuficiente para saldar la deuda que se reclama, dirigirse a continuación contra los bienes comunes de la sociedad conyugal. (Sentencia de 2 de julio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—El marido casado en segundas nupcias afianza la deuda que un hijo de su anterior matrimonio había contraído como avalista de una letra de cambio, y en el juicio ejecutivo se trata embargo sobre varias fincas que tienen la consideración de bienes comunes del segundo matrimonio. La esposa de este último interpone tercería pretendiendo que quede a salvo el valor que en dichos bienes le corresponde. La demanda es desestimada en ambas instancias, y el T. S. no da lugar al recurso (Pte. Sánchez Jáuregui).

NOTA.—Aunque la cuestión se plantea, sobre todo desde un punto de vista práctico, aparecen implicadas interesantes cuestiones de derecho sustantivo aragones como ha puesto de relieve DELGADO ECHEVERRÍA (cfr. comentario a esta S. en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, de próxima publicación, y que

manejo por amabilidad de su autor). Están en juego los derechos e intereses de los cónyuges sobre los bienes comunes cuando se procede a su embargo por deudas privativas. Es marginal la circunstancia de que ambos cónyuges se casan en estado de viudos y que la deuda base del embargo era la fianza prestada por el marido a una deuda contraída por un hijo de anterior matrimonio; no deja de ser, sin embargo, una incidencia de la binubia cuya frecuencia aumentará entre nosotros debido al nuevo matrimonio de los divorciados. Con invocación de los antecedentes históricos del art. 46 de la Compilación, el citado autor foralista discrepa de la sentencia en cuanto que reduce los derechos del cónyuge deudor a una hipotética acción de reembolso al tiempo de la disolución del matrimonio, proponiendo la aplicación en Aragón del nuevo art. 1.373 C. c. (G. G. C.)

6. Derecho de sucesiones

71. *Permuta de terreno por construcción de edificio. Legitimación de la esposa superviviente, actuando por sí y en beneficio de la comunidad hereditaria, a la que no obsta que se haya nombrado un albacea universal.*—Tiene acción la esposa superviviente (favorecida con el legado del tercio libre y el usufructo de la totalidad del caudal), aunque no se haya producido la adjudicación de cosas concretas en los términos previstos por los arts. 1.061 y ss. del Código civil.

En el ámbito de la ejecución testamentaria la existencia de un albacea universal conforme a lo previsto en el art. 894, es decir, investido de todas las facultades precisas para cumplir la voluntad del *de cuius* hasta la adjudicación y entrega de los bienes y por lo tanto las de contar y partir (S. de 15 de abril de 1982), condición que sin duda conviene al designado en dicha disposición de última voluntad, no puede impedir la gestión procesal de los herederos en cuanto subrogados en la situación jurídica del causante como efecto de la *successio in ius* (arts. 659 y 661 del mismo Código), acudiendo al ejercicio de las acciones que correspondían al difunto para reclamar de extraños bienes que pasarán a integrar la masa partible, legitimación que se extiende al cónyuge viudo (SS. de 30 de mayo de 1950 y 16 de junio de 1961), pues ellos son los principales interesados y no existe precepto legal que les impida entablar el litigio. (Sentencia de 22 de marzo de 1984; no ha lugar.) (L. F. R. S.)

72. *Partición hereditaria.*—El art. 1.079 del Código civil se inspira en el principio de la conservación de la partición o del «favor partitionis», según el cual hay que considerar o presumir válida toda partición mientras no se demuestre una causa de nulidad; por ello se pasará por la efectuada en juicio de testamentaria y habrá de ser mantenida esta partición en cuanto es posible, sin perjuicio de las adiciones o rectificaciones que procedan (SS. de 5 de noviembre de 1955, 30 de abril de 1958 y otras), y en tanto no se demuestre la omisión de las formalidades esenciales desde su origen, y, por otra parte, como se deduce de la S. de 27 de febrero de 1963, siguiendo la norma general en materia de prueba, el que alegue la omisión de algunos objetos o valores de la herencia ha de acreditarla y sólo una vez probada procederá la aplicación del art. 1.079, prueba que ha de ser inequívoca. (Sentencia de 18 de enero de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

73. *Retracto de coherederos: Cómputo del plazo para su ejercicio.*—El plazo de un mes para el ejercicio de la acción de retracto de coherederos se cuenta

desde el momento en que el retrayente tuvo conocimiento de la venta de los derechos hereditarios. (Sentencia de 16 de octubre de 1984; no ha lugar.)

(R. de A.)

74. *Interpretación de las disposiciones testamentarias: Supremacía de la voluntad real del testador. Proceso interpretativo unitario. Fijación del alcance de las cláusulas testamentarias: Función de los Tribunales de Primera Instancia.*—El art. 675 del Código civil, referente a la interpretación de disposiciones testamentarias, concede supremacía a la voluntad real del testador, sobre el sentido literal de la declaración, pues sólo prima tal sentido literal cuando el texto de la cláusula testamentaria debatida no dé lugar a dudas en cuanto a su contenido y alcance, supuesto de duda que el precepto legal contempla y que, como es obvio, conduce rectamente, en averiguación de la verdadera interpretación del testador, a la aplicación de las normas hermenéuticas.

Proceso interpretativo unitario.—En la aplicación de las normas de hermenéutica, los elementos de las mismas a conjugar: gramatical, lógico y sistemático, no pueden aislarse unos de otros, ni ser escalonados, como categorías o especies diversas de interpretación, pues no son más que medios o instrumentos que se han de poner en juego dentro de un proceso interpretativo unitario; razón por la que el citado art. 675 del Código civil no impone un orden de prelación en que deban utilizarse dichos criterios, pues no excluye que para determinar si hay una clara voluntad del testador que obligue a no dar a sus palabras su sentido literal o para apreciar, si hay, cuando menos, motivos de duda a este respecto se deba utilizar, conjunta y combinadamente, los instrumentos todos de la interpretación (SS. 5 de marzo de 1944; 25 de mayo de 1971; 26 de noviembre de 1974).

Fijación del alcance de las cláusulas testamentarias: Función de los Tribunales de Primera Instancia.—Es función de los Tribunales de Instancia la de fijar el verdadero alcance de las cláusulas testamentarias, cuyo criterio ha de prevalecer en casación en tanto no se evidencie que es manifiestamente erróneo o equivocado por contrariar de modo muy patente la voluntad del testador (SS. de 5 de julio 1966; 30 de abril 1981; 8 de junio 1982). (Sentencia de 9 de marzo de 1984; no ha lugar.)

(D. A. G.)

75. *Derechos sucesorios de los hijos adoptivos: Derecho transitorio: Adopción perfeccionada en 1956: sucesión abintestato del adoptante: Institución hereditaria en el quinto de la herencia.*—No se viola el art. 177 C.c. en su redacción primitiva al declarar el derecho de los colaterales a suceder abintestato en los 4/5 restantes, dado que dicho precepto proclama el derecho del hijo adoptivo a heredar al adoptante si éste se hubiera obligado en la escritura a instituirle heredero, y no consta acreditado que el adoptante hubiera contraído la obligación de hacerlo en proporción superior a aquella en la que le instituyó en el testamento.

Falta de adaptación a la reforma de 1958.—No se ha acreditado que la adopción realizada en 1956 se hubiera adaptado a la nueva normativa instaurada por la Ley de 24 de abril 1958, a efectos de atribución de los derechos sucesorios establecidos en ésta.

Disposiciones transitorias primera y octava de la Ley de 13 de mayo 1981.—Según la disp. transitoria 1.ª de la Ley de 1981 «la filiación de las personas, así como los efectos que haya de producir a partir de la entrada en vigor de la presente ley, se regirán por ella con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada», pero tal disposición limitada la aplicación de la ley tan sólo a los efectos que se hayan de producir a partir de la entrada en vigor de la misma, pero no a aquellos que hayan de producirse con anterioridad a ella; máxime cuando la disp. transitoria 8.ª ordena que «las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación», constando en el presente caso que la adopción se formalizó en 1956, el otorgamiento del testamento por el adoptante en 1966, y el fallecimiento del testador el 6 mayo 1970, momento éste a partir del cual habrán de comenzar a surtir sus efectos los derechos hereditarios de la hija adoptiva recurrente, por lo que resulta obvia la inaplicabilidad del artículo 180 C.c., en su nueva redacción dada por la Ley de 13 mayo 1981.

La violación del art. 6.º Ley Registro Civil no funda recurso de casación por infracción de ley.—En el último pár. del art. 6.º de la Ley del Registro Civil de 1957 se ordena que en las certificaciones que no se refieran a todo el folio debe hacer constar el Encargado que en lo omitido no hay nada que amplíe, restrinja o modifique lo inserto, pero con ello se alude a una actividad probatoria, de contenido estrictamente procesal, por lo que su violación no puede alcanzar virtualidad suficiente para fundar un recurso basado en infracción de ley. (Sentencia de 29 de junio de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Nada que oponer a la argumentación utilizada por el T. S. para rechazar el recurso, en materia tan polémica como la de los derechos a suceder abintestato de una hija adoptiva, que se enfrenta a sobrinos carnales del adoptante. Los hechos ofrecen claridad meridiana: La adopción se formaliza en 1956, por tanto, bajo la normativa originaria del C. c., sin que se aporte copia de la escritura. En 1966 el adoptante otorga testamento designando heredera a la adoptada en un quinto de la herencia, falleciendo el 6 mayo 1970 (obsérvese que el óbito ocurre antes de entrar en vigor la reforma de la adopción de ese mismo año). En noviembre de 1970 la hija adoptiva obtiene un auto de declaración de herederos abintestato a su favor respecto a la totalidad de la herencia del padre adoptante, cuya validez se impugna en este proceso, aceptándose la impugnación en ambas instancias. Sin embargo, cabe hacer algunas consideraciones sobre la problemática general. Resulta evidente que el legislador no ha calculado suficientemente el efecto psicológico de las sucesivas reformas legislativas en materia de adopción —seis desde la entrada en vigor del C. c.—, las cuales de modo genérico pueden decirse orientadas hacia la mejora de la posición jurídica de los adoptados. Tampoco se han arbitrado mecanismos de adaptación, fáciles y flexibles, a cada nueva regulación; ni se han dictado específicas normas de derecho transitorio (salvo en lo aplicable de la reforma de 1981). Ciertamente, en el presente caso, y dado que los adoptantes carecían de hijos, parece significativa de su voluntad el que únicamente instituyan heredera en la quinta parte de sus bienes a la adoptada, pudiendo hacerlo de la totalidad. Por otra parte, dada la fecha del fallecimiento, cabe conjeturar que el adoptante no se enteró del contenido de la reforma de 1970. Y ningún apoyo legal hay para una aplicación retroactiva —que por ello sería arbitraria— del actual pár. 4.º del art. 180: «En la sucesión intestada, el hijo adoptivo o sus descendientes y el adoptante son llamados inmediatamente después del cónyuge viudo, con exclusión de los colaterales». Cabe esperar, sin embargo, una reiteración de litigios sobre los derechos sucesorios, en general, de los hijos adoptivos, motivados tanto por la frecuencia de los cambios legislativos, como por su falta de previsión de las situaciones transitorias.

(G. G. C.)

76. *Fideicomiso de residuo: Interpretación.*—Que dicha impugnación, amparada en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal y fundada en la violación del artículo 1.281 del Código Civil, aplicable por remisión del 622, carece de toda base estimable; pues la interpretación de los negocios jurídicos, sean *inter vivos* o *mortis causa*, materia susceptible de ser cometida a una doctrina general con reglas primordiales de hermenéutica, es tarea privativa del Tribunal de Instancia, que habrá de ser respetada en tanto no resulte absurda, arbitraria o reñida con la lógica (Sentencias de 5 de octubre de 1970, 30 de abril de 1971, 30 de abril de 1981 y 29 de febrero y 9 de marzo de 1984, entre otras), y es incuestionable que la fijación del sentido de la cláusula controvertida efectuada por la Sala *a quo*, no sólo se atiene a su clara dicción sino que la actividad interpretativa se ajusta también a la voluntad inequívoca de los padres instituyentes, obteniendo una conclusión congruente con el significado de las palabras utilizadas y el propósito perseguido, labor que vendría corroborada además por las reglas que propugnan la producción de efectos de la declaración de voluntad (*favor contractus vel testamenti*). (Sentencia de 18 de enero de 1985; no ha lugar). L. R. A.

77. *Sucesión en títulos nobiliarios: Cesión.*—La cesión del título nobiliario sancionada por acto regio, implica una alteración en cuanto al acto de suceder de la primitiva concesión, pues lleva consigo la instauración de una nueva cabeza de línea realizada por quien puede conceder y quitar los títulos de nobleza, lo que otorga la condición de poseedor legal a quien de ese modo los ostenta, y la cualidad de más propinquo pariente a quien resulta ser más próximo del mismo.

Mejor derecho entre colaterales.—Es doctrina jurisprudencial que, tratándose de la línea colateral, ninguna ley positiva establece si el entronque ha de ser con la línea paterna o la materna, siendo la circunstancia del parentesco más próximo, no con el fundador, sino con el último poseedor, la que basta y es suficiente para que el título se transporte a la línea secundaria; y que, derivada la sucesión en la línea colateral entre parientes de un tronco común, y al ser el título de tracto regular, no es prevalente la línea de varón; y que cuando se han extinguido las líneas directas de sucesión del concesionario, la ley y la jurisprudencia sólo exigen la regulación consanguínea con dicho concesionario, que es la base del derecho, y la relación también consanguínea con el último poseedor legal, cuya proximidad es la determinante del mejor derecho; completado todo ello con el principio de propinquidad.

Proximidad al último poseedor o al fundador.—La preferencia para determinar el mejor derecho al título nobiliario viene determinada por la proximidad de quien lo reclama con el último poseedor, si bien se admite la posibilidad, en ciertos casos de relacionar dicha proximidad con la del fundador, e incluso se llega a declarar que el hecho de no hacer falta llegar hasta la persona del cesionario o fundador del título, es puramente permisivo, y no puede confundirse con la exigencia de imponer la referencia al último poseedor cuando la línea genealógica supone menos grados de parentesco para llegar al primer titular que al postrero. (Sentencia de 14 de abril de 1984; ha lugar.)

II. DERECHO MERCANTIL

78. *La deuda contraída por factor mercantil obliga al titular del negocio: No se aprueba la existencia de sociedad.*—Únicamente aparece se trata de una actividad mercantil en la que la titular única era la recurrente, que tenía en concepto de factor mercantil con poderes o facultades tácitos para aplicar en el tráfico negocial al mencionado señor, con el ámbito de actuación y efectos jurídicos que describe el artículo 286 del Código de comercio, complementado por el artículo 1.710, párrafos 1 y 3 del Código civil, que permite el mandato tácito; en ningún caso se prueba la existencia de una sociedad, que requiere, según el artículo 1.665 del mismo Cuerpo legal, «poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias», circunstancias de hecho de la que no hay prueba alguna en la instancia, y que son básicas para cualquiera de las modalidades del contrato de sociedad, ya sea regular constitutiva de persona jurídica distinta de la de los socios que la componen o ya irregular que haya de regirse, conforme al artículo 1.669 del Código civil, por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. (Sentencia de 5 de julio de 1984; no ha lugar.) L. F. R. S.

79. *Constitución de hipoteca por administradores sociales: nulidad: Certificación de acuerdos sociales: Su valor probatorio.*—Aunque se admitiera que la certificación de acuerdos sociales ha alcanzado el rango de documento público al ser legitimadas sus firmas por un notario, es doctrina de esta Sala, en relación con la fuerza probatoria de tales instrumentos, la de que el artículo 1.218 no contiene regla alguna que dé fuerza preponderante a los documentos públicos sobre los demás medios probatorios cuando se aprecian todos conjuntamente —sentencias de 8 de mayo de 1954 y 2 de julio de 1963—.

Facultades de los administradores sociales y constitución de hipoteca: Giro o tráfico de la empresa.—Si bien es cierto que el art. 11 de la Ley Reguladora de Sociedades de Responsabilidad Limitada atribuye a los socios que asumen la representación de la sociedad la facultad de obligarla con sus actos y contratos en todos los asuntos relativos al giro o tráfico de la misma, también lo es que, siendo la sociedad de autos una entidad dedicada a la manufactura de maderas, en modo alguno puede entenderse como operación relativa a su giro o negocio la constitución de unas hipotecas que, sin duda alguna, resultarán muy beneficiosas o, si se quiere, necesarias para la adecuada capitalización de la empresa referida, pero que no constituye operación contenida dentro del giro o tráfico de la aludida entidad, dedicada a la manufacturación y venta de materiales confeccionados en madera, máxime cuando se extienden también a responder por deudas ajenas.

Publicidad material del Registro: Ambito de cobertura.—La ficción de realidad de lo que figure en el Registro, no sólo Mercantil sino también de la Propiedad, únicamente cubre el hecho estricto inscrito en el mismo, que en este caso es el carácter de administradores de los referidos socios, pero no puede, en forma alguna, extenderse a sanar las operaciones que los mismos realicen sin hallarse autorizados para ello por la sociedad a la que representan, máxime cuando, además, no se refieren al giro o negocio propio de la empresa. (Sentencia de 6 de abril de 1984; no ha lugar.) (A. G. C.)

80. *Propiedad industrial: Modelo de utilidad. Carece de legitimación pasiva quien se ha limitado a adquirir el producto en un establecimiento abierto al público.*—Ejercitada acción de reclamación de daños y perjuicios por causa de la presunta utilización por la demandada de un modelo de utilidad inscrito en el Registro de la Propiedad Industrial a nombre del actor (una especie de moqueta de fibras sintéticas), la Sala declara que no existe legitimación pasiva en la demandada, que no tuvo intervención alguna en la fabricación, suministro e instalación de una cubierta de mini-golf, habiéndose limitado a adquirirla en un establecimiento mercantil abierto al público. (Sentencia de 25 de junio de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

81. *Propiedad industrial: Modelo industrial (novedad).*—El mencionado número 3.º del art. 188 del Estatuto de la Propiedad Industrial, al efecto de apreciar su errónea interpretación, era requisito ineludible destacar la prueba documental demostrativa de que el modelo industrial registrado carecía de la condición de novedad y al propio tiempo el error del tribunal sentenciador en la instancia al apreciarla en el sentido en que lo hizo, e igual conclusión es dable predicar con referencia a los párrafos primero y segundo del art. 49, habida cuenta que su aplicación también exigía una demostración probatoria acreditativa de que el modelo industrial cuestionado estaba incurso por su falta de novedad en alguno de los casos en la norma previstos, lo que, como es obvio, había de deducirse de una prueba que la resolución impugnada niega se haya efectuado... (Sentencia de 1 de febrero de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

82. *Letra de cambio. Acción cambiaria declarativa. Naturaleza y requisitos.*—Según tiene reiteradamente declarado la Sala, debe rechazarse la confusión que hacía coincidir la acción cambiaria con la ejecutiva y la causal con la declarativa, quedando claro, por contra, que existe acción de naturaleza estrictamente cambiaria y para ser hecha valer fuera del juicio ejecutivo, nacida de la letra misma y desligada de las relaciones extracambiarías, cuyo objeto es el pago o reembolso del capital de una letra de cambio. Siendo los requisitos de esta acción cambiaria declarativa: que tenga como base una letra de cambio, con cuantos requisitos exige el art. 444 del Código de comercio para que nazca; que se esté ante alguno de los supuestos que facultan al legítimo portador de la letra para exigir su pago, entre los que figura el contemplado por el art. 516 del mismo Código —defecto de pago de una letra presentada y protestada en tiempo y formas y que no hayan sobrevenido la caducidad o decadencia o prescripción de la acción. (Sentencia de 27 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (J. C.)

83. *Por haberse omitido la diligencia del protesto de la letra no se ha perdido la acción cambiaria utilizable en vía ordinaria.*—Cuando el legítimo tenedor de la letra, por habérsela endosado a su favor por tomador distinto del librador, no practica la diligencia de protesto, no por ello pierde la acción cambiaria utilizable en vía ordinaria. Se cita una abundante doctrina jurisprudencial al respecto, superadora de la confusión que hacía coincidir la acción cambiaria con la ejecutiva y la causal con la declarativa. (Sentencia de 17 de octubre de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba del ejercicio por la vía de juicio declarativo ordinario de una acción de reclamación de cantidad, siendo demandante el Banco X y demandado el librado aceptante de dos letras de cambio, que el banco había re-

cibido por endoso hecho a su favor por el tomador de la letra, sociedad Y. El librador era don Z. Las letras no habían sido protestadas a su vencimiento.

El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia revocó su sentencia, por no haberse practicado el protesto. El Tribunal Supremo, como decimos, declaró haber lugar al recurso de casación y en su segunda sentencia confirmó la del Juzgado.

(R. de A.)

84. *Fianza extracambiaria: El fiador no puede ejercitar la acción cambiaria contra el librado, como tampoco las acciones de reembolso y de subrogación derivadas de los artículos 1.838 y 1.839 del Código civil.*—No puede ejercitar las acciones emanadas de la letra de cambio quien es ajeno a las relaciones jurídicas constatadas en la letra.

La acción de reembolso que emana del art. 1.838 y la de subrogación del 1.839 se entienden en relación con el 1.822, es decir, considerando deudor al tercero por quien se obliga el fiador, no al deudor de dicho deudor garantizado, pues él es ajeno al contrato de fianza y de tal negocio jurídico no pueden nacer acciones contra el mismo. (Sentencia de 11 de junio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor había suscrito, junto con otros, póliza de afianzamiento personal sobre todas las operaciones de descuento de letras, endosos, aceptaciones que realice o haya realizado «N., S. A.», en favor del Banco X. La entidad afianzada libró una letra contra el demandado. Llegado el vencimiento de la cambiál, que había sido descontada por aquélla en el Banco, el librado no la hizo efectiva, por lo que, previo protesto, el banco cargó su importe, más gastos e intereses, en la cuenta corriente del actor-fiador, que lo era solidario junto con otros, como queda dicho. Por ello, este último entabló juicio declarativo ordinario contra el librado, por entender que se estaba en el supuesto de un fiador que reclama del deudor lo que ha pagado por él. La Audiencia desestimó la demanda.

El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, en virtud de la doctrina antes expuesta.

NOTA.—En este caso cabe preguntarse qué derechos asisten al fiador. Es claro que los propios de un fiador que ha pagado por el deudor, por lo que podía haber reclamado el importe de las letras, más los intereses, a «N., S. A.». Además, en su caso, podía haber ejercitado contra el librado, en su calidad de deudor, la acción subrogatoria del art. 1.111 del Código civil, si se dieran los presupuestos necesarios para la misma.

(R. de A.)

85. *Préstamo gratuito: Abono de letra de cambio sin provisión de fondos: Causa.*—Se declara probado que el actor abonó la letra de cambio sin que por parte del librador se hubiera efectuado la causal provisión de fondos y únicamente para proporcionar a éste el capital de maniobra preciso para el desenvolvimiento de su industria conservera, de suerte que tal entrega no puede merecer jurídicamente otra calificación que la de préstamo gratuito, con lo que no se desconoce la existencia de causa sino que se alude al contrato de préstamo gratuito cuya causa es la liberalidad, pero cuyo desarrollo no impide que el que lo efectuó pueda reclamar, en su día, la cantidad prestada.

Actos propios.—Los actos contra los que no es lícito accionar son aquéllos que por su carácter trascendental, o por constituir convención, causen estado, de-

finiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto; por lo que el principio de que nadie puede ir contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla, y en este supuesto no puede entenderse que el pago por el actor de la letra de cambio aceptada constituya un acto creador de derecho ni una relación jurídica que impida al actor reclamar su importe. (Sentencia de 5 de octubre de 1984; no ha lugar.) (G. G. C.)

86. *Compraventa mercantil: Vicios ocultos: Caducidad de la acción redhibitoria: Diligencias del art. 2.127 L.E.C.: Desistimiento por huelga auxiliares Administración de Justicia: «Dies a quo» del plazo de caducidad.*—Se declara probado que recibida la mercancía el 8 octubre 1979, se comunica telegráficamente, el 11 siguiente, la existencia de los defectos apreciados en ella, dando por rescindido el contrato, y ese mismo día se presenta en el Juzgado de Instrucción de Guardia escrito solicitando el reconocimiento pericial por el procedimiento del art. 2.127 L. E. Civ., que no pudo practicarse debido a las anormales circunstancias derivadas de la huelga de los Auxiliares de la Administración de Justicia, determinante de una providencia de suspensión del trámite del aludido procedimiento y, finalmente, a que el actor en el mismo desistiese de ese trámite el 12 noviembre 1979 e interpusiere el 6 mayo 1980 demanda de rescisión del contrato; siendo de advertir que, por mero cómputo temporal, desde el 12 noviembre 1979 hasta el 6 mayo 1980, no ha transcurrido el plazo de caducidad de seis meses que establece el art. 1.490 C. c., pues ha declarado la S. de 11 mayo 1926 que cuando a partir de la recepción de la mercancía —concretamente, dentro del plazo de los 30 días a que alude el art. 342 C. com. e incluso de los cuatro a que se remite el art. 335 del mismo Cuerpo legal mercantil— se siguieron gestiones entre las partes interesadas, que sin interrupción continuaron hasta otra fecha determinada —en este caso, hasta el desistimiento del procedimiento regulado en el art. 2.127 L. E. Civ.— a partir de esta última fecha debe contarse el relacionado plazo de seis meses para la extinción de la acción redhibitoria. (Sentencia de 26 de septiembre de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Se trata de una hipótesis singular por la concurrencia de diversas circunstancias: 1.ª Tratarse de una compraventa mercantil, lo que obliga a tener en cuenta los nada claros arts. 336 y 342 C. com.; 2.ª Haberse paralizado la actividad judicial por una huelga de Auxiliares de la Administración de Justicia; y 3.ª Incidir en una materia que cual la de los vicios redhibitorios en la compraventa dista de ser pacífica en la doctrina (cfr. GARCÍA CANTERO, comentario al art. 1.490 C. c. en tomo XIX *Comentarios Albaladejo*, pp. 358 ss.). En cuanto al plazo de seis meses, la S. se inclina por calificarlo de caducidad, con lo que se acomoda a la más reciente dirección jurisprudencial; pero en relación con el *dies a quo* se realiza una exégesis que no puede menos de calificarse de correctora del citado art. 1.490, aceptando una distinción implícita entre un plazo de denuncia de los vicios y un plazo de ejercicio de la acción que con carácter general se propugna por la doctrina (cfr. *Comentarios*, cit., p. 358). Y aunque no se explicita, parece claro que la existencia de una huelga del personal judicial ha de producir algún efecto suspensivo en el primero de los plazos indicados.

(G. G. C.)

87. *Concesión de venta en exclusiva. Puesta a disposición. Admisión de compensación y rechazo de la «mora accipiendi».*—Claramente aparece la obligación de la compañía alemana recurrente de «hacerse cargo» de las discutidas mercancías y de pagar después de su recepción, lo que no llevó a cabo, sin que pueda admitirse que la demandada amplió su obligación de «puesta a disposición» que no significa *entrega*, sin previo inventario y avalúo, sino poner a disposición para que éstos puedan verificar lo que, de hecho, se realizó.

Para la efectividad de la referida «puesta a disposición», no es preciso recurrir al procedimiento de la consignación judicial del art. 1.176 del Código civil, por tratarse de obligaciones recíprocas, recíprocamente incumplidas, las derivadas del contrato, que autoriza a las partes el ejercicio de la *exceptio non adimpleti contractus* para enervar la acción de la contraparte, que descarta igualmente la posibilidad de la *mora accipiendi*, a tenor de lo establecido en el último párrafo del art. 1.100 del Código.

Quedando firme el hecho del incumplimiento de la actora (ahora recurrente) y fijada concretamente la cantidad de la que es deudora, siendo al propio tiempo acreedora, concurren todos los requisitos legalmente exigidos para que tenga lugar la compensación solicitada de contrario; e impide, de un lado, el funcionamiento de la facultad resolutoria del art. 1.124 también de nuestro primer Código sustantivo, al exigir que sea *uno* de los obligados el que no cumpliere lo que le incumbe, no cuando sean *los dos*, como sucede en este caso; y de otro, no permite la reclamación de intereses de demora porque además de no tratarse de una comisión mercantil sino de una venta en exclusiva, que son cosas diferentes, es conocida por lo reiterada la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, en el sentido de que no se deben intereses por el retraso en el pago cuando dicho retraso es imputable al actor y porque no incurre en mora el deudor a quien se le reclama mayor cantidad de la debida, cual aquí sucede. (Sentencia de 14 de junio de 1984; no ha lugar.) (L. F. R. S.)

88. *Transporte marítimo. Falta de legitimación activa de la aseguradora para reclamar por incumplimiento contractual.*—No podía estimarse a dicha demandante legitimada activamente para la reclamación pecuniaria que había formulado por vía de incumplimiento contractual del contrato de transporte marítimo de mercancías, pues era presupuesto ineludible para dicha legitimación que el pago efectuado por la aseguradora, aquí demandante, a la entidad vendedora de la mercancía lo fuera con base en el presupuesto de que esta última hubiera sido subrogada en los derechos que las pólizas atribuían, con el carácter de beneficiaria, a la entidad extranjera compradora de la mercancía dicha. (Sentencia de 2 de junio de 1984; no ha lugar.)

La entidad actora, como aseguradora a virtud de pólizas que cubrían los riesgos de un transporte marítimo de mercancías, reclamaba la cantidad que hubo de satisfacer al cargador, como indemnización de los daños sufridos con ocasión del transporte, dirigiendo su acción contra el naviero-porteador. Es de destacar que la sociedad vendedora y al propio tiempo cargadora contrató el seguro en beneficio de la sociedad adquirente en régimen de compraventa C.I.F. de los géneros transportados. La aseguradora defendía —sin éxito— que la compradora cedió los derechos que las pólizas de seguro como beneficiaria le atribuían a la entidad vendedora, la que, a su vez, fue indemnizada en la cantidad importe del daño por la aseguradora reclamante. (L. F. R. S.)

89. *Contrato de seguro. Fecha del contrato. Prueba testifical y presunciones.*— Pero no impide a esta Sala valorar tal medio de prueba en relación con el citado art. 659 de la Ley Procesal, a cuyo tenor, la libre apreciación de los Tribunales habrá de tener en cuenta no sólo la «razón de ciencia que los testigos hubiesen dado», sino también las *circunstancias que en ellos concurran*; lo que tiene forzosamente que conectarse en este caso con el hecho de que se trate de la declaración de *un solo testigo* que además era empleado de la entidad aseguradora, reconociendo la propia sentencia que su contestación inicial fue que «recibió la ampliación de la póliza en la fecha de su data» añadiendo que «al responder a la repregunta tercera, muestra una evidente vacilación, cuando dice que cree que el mencionado documento se le exhibió el mismo día de su fecha», que es el día 20 de junio, con la particularidad de que la repregunta le fue formulada por la representación de la empresa aseguradora, de la que como se ha dicho, el testigo era funcionario. Todo lo cual permite fijar en sus justos límites lo declarado por la sentencia recurrida respecto de la indicada prueba, aunque como se dijo, no sea susceptible de impugnación casacional estimable.

Que ninguno de los datos que se acaban de indicar se ajusta a la normativa de los arts. 1.249 y 1.253 del Código civil, para el funcionamiento de la prueba de presunciones, pues la exigencia primaria del 1.249, en cuanto al hecho de que se obtiene, de acuerdo con la conocida, por lo reiterada, doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, tiene que estar *completamente acreditado*, no siendo posible establecer una presunción, sobre otra presunción, ni bastando los simples *indicios*. (Sentencia de 9 de enero de 1985; ha lugar al recurso.)

(L. R. A.)

90. *Quiebra: Actos posteriores a la fecha de retroacción.*—Al margen del origen e inspiración del precepto del párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio, resulta evidente la extremada rigidez de su enunciación y contenido, reflejados una y otro en la radicalísima imperatividad del «serán nulos» referido a «todos sus actos», criterio del legislador manteniendo sin alteración a través de las sucesivas reformas del Código de comercio y reflejado en la jurisprudencia.

En consecuencia, no admite discusión la nulidad de la cancelación anticipada de las imposiciones constituidas por la quebrada por plazo de un año en determinado banco, para satisfacer letras de cambio cuyos vencimientos, al igual que la precitada cancelación, tuvieron lugar dentro del período de retroacción de la quiebra. Consiguientemente, tanto el desplazamiento monetario operado por el banco como el numerario de las imposiciones para el abono de las cambiales como la cancelación anticipada de dichos depósitos no son válidos y carecen de eficacia con relación a la quiebra, en cuanto violan un precepto claramente prohibitivo. (Sentencia de 28 de enero de 1985; ha lugar.)

(J. C.)

91. *Quiebra: Retracción absoluta: Nulidad de los actos realizados por el quebrado.*—El pár. 2.º del art. 878 C. comercio establece un sistema de retroacción judicial absoluta conforme al cual todos los actos de dominio y administración posteriores a la fecha a que la declaración de la quiebra se retrotraiga, serán intrínseca y radicalmente nulos sin que sea precisa la declaración judicial, a salvo que alguien resista la entrega de las cosas del quebrado; siendo tal nulidad consecuencia de la incapacitación del quebrado, que se sigue de haber quedado, con efectos de la fecha en que se fije la retroacción, separado de derecho de todo su

patrimonio, reflejándose la obligada inhibición del mismo en la correlativa ineficacia, absoluta o frente a todos, de cuantos actos de dominio y administración haya realizado contraviniéndola, no cabiendo tipo alguno de confirmación o convalidación.

Validez de las hipotecas constituidas antes del período de retroacción, pero inscritas después: La inscripción es facultad del acreedor hipotecario.—Aunque la hipoteca no existe como derecho real hasta tanto no sea inscrita y la retroacción de la quiebra no es sino la manifestación de la incapacidad del quebrado, debe tenerse en cuenta que las escrituras de hipoteca aparecen otorgadas en tiempo en que la sociedad deudora estaba capacitada, no sólo para obligarse a constituir la hipoteca, sino también para facultar a la Caja prestamista al efecto de que, obrando por sí misma, y, por tanto, en cualquier momento, incluso posterior a la fecha de la retroacción de la quiebra, completara la creación del derecho de hipoteca, como así lo hizo en este caso, no procediendo la declaración de nulidad solicitada por el Administrador de la quiebra, por cuanto que el contrato de hipoteca quedó perfeccionado en la fecha de las escrituras, e inmune desde entonces a la sobrevenida incapacidad de la sociedad prestataria, pudiendo ser inscrita por la Caja, con autonomía respecto de la sociedad, y a favor de lo que dispone el art. 6.º L.H. conforme al cual la inscripción de los títulos podrá pedirse indistintamente, tanto por quien adquiera como por quien transmita el derecho o por quien tenga interés en asegurar el derecho que se inscriba. (Sentencia de 13 de julio de 1984; ha lugar.)

NOTA.—Importante sentencia de la que ha sido Ponente Serena Velloso, en la que se ofrece, junto a una minuciosa descripción y análisis de los hechos básicos de la demanda, y una profundización del significado de la retroacción en la quiebra y de la eficacia del contrato de hipoteca en garantía de un préstamo en su complejo *iter* hasta alcanzar la plenitud de efectos reales, en este caso distanciados varios meses el otorgamiento de la escritura y la inscripción, en cuyo período de tiempo se produce o alcanza la retroacción de efectos de la declaración de quiebra del deudor hipotecario. Nítida es la afirmación de que la retroacción de la quiebra no es sino la manifestación de la incapacidad del quebrado, lo que parece decantar el *status* o situación jurídica de este último en una dirección sobre la que apunta dudas la doctrina más generalizada. No menos tajante es la distinción entre el momento perfectivo del contrato de hipoteca voluntaria, que por formalizarse en escritura pública, tiene garantizada su fecha frente a terceros, y el del nacimiento del derecho real de garantía, a través de la inscripción registral, para la cual está legitimado, tanto el deudor como el acreedor (art. 6.º L. H.), de suerte que si la realiza este último queda «inmune ... a la sobrevenida incapacidad de la Sociedad prestataria». Con esta argumentación se estima el recurso interpuesto por la Caja acreedora, y se rectifican las decisiones de ambas instancias. La lectura de los hechos convence de la buena fe del recurrente, animado del loable propósito de salvar de una crisis económica a la empresa prestataria, olvidándose de asegurar eficazmente sus propios intereses. Cuando se ponen ejemplos didácticos de simulación y de fraude, se acude al deudor que en el período sospechoso constituye hipotecas por créditos inexistentes en favor de sus amigos o familiares; supuesto que no es el aquí contemplado, sino más bien el de una entidad financiera que trata de ayudar al deudor a salir de sus apuros, y que descuida inscribir la hipoteca a su nombre. Con todo, de la doctrina extractada se deduce que la solución hubiera sido otra si el solicitante de la inscripción es el propio deudor hipotecario, pues afectado por la retroacción hubiera realizado un acto radicalmente nulo. (G. G. C.)

92. *La entidad en suspensión de pagos debe provisión de fondos a los interventores cuando son demandados en asunto de la supensa.*—Aunque el artículo 7.º de la Ley de suspensión de pagos no lo establece, cabe, por analogía, que los in-

terventores de la suspensión soliciten de esta provisión de fondos para actuar como demandados en un pleito en que se les demanda por asunto de la propia suspensión y en interés de ella. (Sentencia de 2 de julio de 1984; no ha lugar.)

(P. de A.)

93. *Suspensión de pagos: Gozan de derecho de abstención los créditos reconocidos en sentencia de remate.*—El problema planteado en el recurso radica en determinar si los dos créditos objetos de debate (se trataba de los importes de dos letras de cambio que habían dado lugar a sendas sentencias de remate, incurriendo luego la librada en suspensión de pagos) merecen o no la calificación de «preferentes» o «privilegiados» a los efectos de gozar del derecho de abstención, cuestión que ha de resolverse afirmativamente, porque: A) Ambos créditos han sido declarados y reconocidos en sentencia firme —artículo 1924, número 3.º, C del Código civil, en relación con el 913, número 3.º, del de comercio. B) El único requisito que exige el citado precepto del Código civil para la efectividad «prelativa» de los créditos sin privilegio especial a que se refiere es que consten «por sentencia firme». C) Es constante doctrina de esta Sala que a los efectos del citado precepto del Código civil merecen la consideración de firmes las sentencias de remate. (Sentencia de 21 de junio de 1984; ha lugar.)

R. de A.

94. *Abordaje: Legitimación del naviero-armador para exigir los daños ocasionados por el abordaje.*—Los daños derivados de un abordaje pueden afectar no solamente al dueño de la embarcación abordada, sino también al naviero-gestor o armador, que es, a todas luces, el más directamente afectado por el abordaje de que ha sido víctima, diferencia de figuras que en el Considerando tercero de la sentencia impugnada se especifica con acierto, para destacar que el naviero-armador, por el hecho de serlo, es el verdadero titular de la empresa marítima y, por ende, el directamente afectado por el abordaje. (Sentencia de 13 de junio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS: Se planteaba por la sociedad demandada, dueña del buque causante del abordaje, la falta de legitimación activa del demandante, por no haber probado que el buque que experimento los daños era de su propiedad en el momento del abordaje. El Supremo da por buena la estimación de la Sala de Instancia de que tal extremo se había probado, pero además añade que en todo caso la legitimación del actor era incuestionable, pese a no ser propietario del buque, visto que era su naviero armador cuando la colisión se produjo y en tal concepto resultó perjudicado.

Hay que hacer notar que el daño no era el hundimiento del buque que había sufrido el abordaje, pues su valor se había indemnizado en vía penal, sino el que suponía la paralización obligada de otro buque gemelo suyo, con el que trabajaba en pareja, propiedad del mismo armador.

R. de A.

III. DERECHO PROCESAL

95. *Tercería de dominio.*—No es competente la jurisdicción civil para conocer de la reclamación entablada por vía de tercería de dominio por una sociedad declarada responsable solidario del pago de ciertas deudas tributarias, pues falta

lo característico de una tercería de tal clase, esto es, que se ejercite por una tercera persona distinta del acreedor ejecutante y del deudor ejecutado y el que dicha persona reivindique frente a ambos el dominio de los bienes embargados en el procedimiento de ejecución. (Sentencia de 15 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS: Hacienda promovió expediente de apremio contra la sociedad A. Dentro de ese procedimiento dispuso la continuación del mismo contra la sociedad B, como sucesora en la titularidad de la explotación de aquélla, decretando el embargo de una finca propiedad de esta última sociedad B. Esta promovió tercería de dominio que fue desestimada en primera y segunda instancia. El Supremo declara no haber lugar al recurso, en virtud de la citada doctrina, manifestando que la vía procedente tenía que haber sido la contencioso-administrativa.

R. de A.

96. *Renuncia de derechos: Requisitos.*—Tiene reiteradamente declarado esta Sala que las renunciaciones de derechos, aunque pueden ser tácitas, deben hacerse constar siempre de forma clara, explícita y terminante.

Cese del procurador.—La Audiencia, en cumplimiento de una doctrina emanada de esta Sala y en interpretación del número 2 del artículo 9 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no debió tener por cesado al anterior Procurador hasta tanto no hubiera decretado tal cese, como tal precepto previene, evitando con ello una carencia de representación de la parte que pudiera acarrear la declaración de tenerla por apartada del recurso. (Sentencia de 24 de mayo de 1984; ha lugar.)

NOTA: Se trataba de un asunto sobre resolución de contrato de arrendamiento. El Juzgado estimó la demanda. El demandado interpuso recurso de apelación ante la Audiencia, señalándose día para su vista. Antes de esa fecha, la representación del demandado presentó escrito por el que se anunciaba la decisión de cesar el Letrado de dicha parte, así como el desistimiento formal y voluntario del procurador de continuar ostentando la representación de la parte. La Audiencia suspendió la vista y requirió a la parte para que se personase de nuevo ante la misma, con apercibimiento, en caso contrario, de tenerla por apartada del recurso. Se personó de nuevo el demandado a través de una procuradora que no estaba incluida en el poder otorgado por el recurrente, por lo que la Audiencia dictó auto teniéndole por apartado y desistido del recurso. Se interpuso contra dicho auto recurso de súplica, que fue denegado. Contra esta última resolución se formula el presente decurso de casación.

La Sala del Supremo estima el recurso y dicta segunda sentencia por la que declara eficaz la comparecencia o personamiento del demandado recurrente por medio de otro procurador, antes de que se tuviese por desistido al precedente y en aras de economía procesal, mandando seguir el trámite del recurso de apelación.

R. de A.

97. *Tercería de dominio: Apreciación de oficio de la situación de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido demandado en la tercería la parte ejecutada.*—Procede estimar el único motivo en que se apoya el recurso de casación, al no haber sido sustanciada la tercería planteada con la entidad ejecutada, dado que la demanda inicial fue solamente dirigida por la tercerista contra el embargante del piso en cuestión, produciéndose la situación excepcionante de litis consorcio pasivo necesario, desde el momento que el artículo 1.539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece, con indudable consideración sustantiva a efectos de casa-

ción al afectar al esencial principio de adecuada viabilidad de la acción ejercitada, que «las tercerías se surtanciarán con el ejecutante y el ejecutado».

No es obstáculo el que la correspondiente situación de litisconsorcio no hubiere sido alegada por el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda inicial, puesto que es apreciable de oficio, en cualquier momento, tal situación. (Sentencia de 22 de junio de 1984; ha lugar.) L.F.R.S.

98. *Letra de cambio: Litisconsorcio pasivo necesario.*—No está bien planteada la demanda, por falta de litisconsorcio pasivo necesario, cuando se demanda a dos bancos por causa de enriquecimiento injusto derivado de falsedad en el endoso de una letra si no se demanda también a quien de hecho fue el último tenedor y cobró efectivamente el importe de la cambial. (Sentencia de 8 de junio de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

99. *Sociedad cooperativa.*—Las letras de cambio en que sustenta su acción el demandante carecen de valor para hacer viable su pretensión, en relación con los arts. 29, 22, 28, 31 y 32 de la Ley sobre régimen general de las sociedades cooperativas de 19 de diciembre de 1974 y los artículos pertinentes de los estatutos de las cooperativas de autos, al establecerse que los entonces presidentes que libraron dichas cambiales no tenían facultades para efectuarlo y en consecuencia para generar consecuencias vinculantes para las expresadas entidades por las que aquellos presidentes decían actuar.

Litisconsorcio pasivo necesario.—Ante la postura de impago de las indicadas cambiales por las expresadas cooperativas, cambiales suscritas por los entonces presidentes de dichas entidades, claramente se pone en evidencia que para decidir adecuada y correctamente sobre las pretensiones del actor se precisa no demandar exclusivamente a las meritadas cooperativas, cual ha sido efectuado, sino que también a los entonces presidentes que libraron las letras (quiere decir que las aceptaron), puesto que vienen directamente afectados por la cuestión, dado que de apreciarse su actividad al respecto no era vinculante a las cooperativas tan citadas (sic) llevaría a que fuesen personalmente responsables, lo que significaría que se decidiese tan singular e importante cuestión sin ser oídos, haciendo por tanto ilusorio el pronunciamiento que al respecto se hiciese, ya que resultarían vulnerados los principios de contradicción y audiencia imperantes en nuestro ordenamiento civil y singularmente reconocidos en el art. 24 de la Constitución.

Lo expuesto conduce a la apreciación de una situación de litisconsorcio pasivo necesario obstativa a establecer pronunciamiento sobre la cuestión planteada, toda vez que... se produce esa situación procesal impeditiva cuando no son llamados al proceso todos aquellos que se encuentren interesados en la relación jurídica discutida, cual se requiere para impedir el eventual riesgo de fallos contradictorios, evitar los efectos de la cosa juzgada a terceros no presentes en el pleito e impedir el quebranto del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio ... cuya apreciación es posible apreciar de oficio por su indudable trascendencia de orden público. (Sentencia de 3 de diciembre de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—El actor había avalado letras de cambio aceptadas por dos cooperativas, no satisfechas y protestadas. El Banco de España interpuso juicio ejecutivo contra dicho avalista, dictándose sentencia de remate. En consecuencia, el actor

formula demanda de juicio de mayor cuantía contra dichas dos cooperativas, en reclamación del importe de las letras y de indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia revocó en parte la sentencia del Juzgado, pero manteniendo los pronunciamientos sustanciales.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por las cooperativas, en base a la doctrina mentada, y en su segunda sentencia, apreciando de oficio situación excepcionante (sic) de litisconsorcio pasivo necesario y sin entrar en el examen de la cuestión de fondo planteada, declaró no haber lugar a pronunciarse en orden a las pretensiones formuladas en el suplico de la demanda interpuesta contra las reiteradas cooperativas.

NOTA.—En mi opinión, la doctrina de esta sentencia sobre el litisconsorcio pasivo necesario, en cuanto formulación teórica, es irreprochable. Ahora bien, albergó dudas de que sea aplicable al caso debatido, porque si el punto de partida es el de que según la Ley de Cooperativas y los estatutos de las entidades del caso dichas sociedades no podían quedar vinculadas por actos de su presidente (como aceptar letras de cambio en nombre de ellas), por carecer este último de facultades al efecto —por no ser órgano de gobierno o gestión—, creo que lo precedente habría sido, sin más, hacer uso de esta doctrina de fondo o material, para en la segunda sentencia desestimar la demanda por razón de dicho argumento.

Estimo que recurrir a la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario es aceptar que una sentencia desestimatoria de la demanda, sin más, habría producido efectos sobre las personas de dichos presidentes, cosa que en mi opinión no hubiera sucedido. Así, precisamente, se dice por la Sala que decidir que las cooperativas no quedaban vinculadas por los actos de su presidente (librar o aceptar las letras) sería tanto como concluir que dichos presidentes eran personalmente responsables del pago de las cambiales.

Si se acepta este punto de partida, la apelación al litisconsorcio pasivo necesario es acertada.

Lo que ocurre es que me parece que falla esta premisa, pues, por un lado, precisamente por no haber sido demandados dichos presidentes, mal podía resolverse sobre su presunta responsabilidad personal. Y, por otra parte, creo de todo punto infundada la idea de que si un presidente de cooperativa acepta una letra sin facultades para vincular a la entidad, pero constando expresamente que lo hace en tal concepto (con antefirma de la sociedad), queda por ello obligado personalmente al pago de la cambial el propio presidente. Es posible que él pudiera haber contraído alguna responsabilidad al actuar así —por ejemplo, si hubo engaño por su parte—, pero en ningún caso se trataría de responsabilidad consistente, precisamente, en abonar el importe de la letra y en base a la letra en sí.

Por ello, repito, me habría parecido más lógico entrar a conocer el fondo del asunto —en la segunda sentencia del Supremo— y haber desestimado, sin más, la demanda del actor, sin perjuicio de sus posibles acciones contra los presidentes de las cooperativas, por causa de su eventual responsabilidad, que acaso sería la de una *culpa in contrahendo*.

Sin embargo, hay un extremo que permanece oscuro en la sentencia y que codiciona en buena medida lo que he dicho. Me refiero al hecho de que los considerandos de la resolución hablan de haber *librado* las cambiales los respectivos presidentes, siendo así que en el primer resultando (donde se resume la demanda) parece decirse que dichos presidentes libraron las letras como tales personas físicas, no en nombre de las entidades cooperativas. Lo que sí aparece claro es que actuaron como presidentes de las mismas al *aceptar* las cambiales.

Sea como fuere, creo que si al hablar la sentencia de la posible responsabilidad personal de dichos presidentes se refiere a la que tendrían como libradores a título personal, tampoco cabe aquí la apelación al litisconsorcio pasivo necesario, pues es claro que el fiador demandante afianzó a las cooperativas en cuanto *aceptantes*. Y las demandó por ese motivo.

Considero que la pista la da el único motivo de casación formulado por las recurrentes (las cooperativas) que habla de la carencia de facultades de sus presidentes para *aceptar* las letras en cuestión. (R. de A.)

100. *Letra de cambio: Juzgado competente para conocer del juicio ejecutivo.*—Reiterada jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que en los juicios ejecutivos derivados de letra de cambio, aceptada por el ejecutado, la competencia para su conocimiento corresponde al Juzgado del lugar en que las cambiales fueron domiciliadas para su pago y protestadas al ser desatendidas a su vencimiento, todo ello a tenor de lo preceptuado en la regla primera del art. 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y art. 1.171 del Código civil. (Sentencia de 31 de enero de 1985; se decide la cuestión de competencia por inhibitoria.) (R. de A.)

101. *Cuestión de competencia. Lugar del cumplimiento.*—Conforme al artículo 1.171 - 2.º Código civil, al no constar expresamente el lugar designado para el pago, éste deberá hacerse donde las cosas existían en el momento de constituirse la obligación, y este lugar es aquél que el art. 62 - 1.º L. E. C. señala como fuero preferente cuando se ejercitan acciones personales, es decir, el lugar en que debe cumplirse la obligación; sin que por tanto haya necesidad de acudir a ninguno de los fueros supletorios que con carácter electivo para el actor señala la misma norma procesal citada, y sin que tampoco sea determinante de la competencia la circunstancia de haberse girado varias letras de cambio para el pago del precio, cuyo impago provocó el pleito, ya que se trata obviamente de un medio de pago del precio, que, según el art. 1.500 - 1.º C. c., ha de hacerse en defecto de pacto expreso, en el lugar de entrega de la cosa vendida, así como que el mero hecho de haber girado cambiales para el pago del precio sólo significa una finalidad de pago intrascendente a efectos de competencia, para deducir el lugar de cumplimiento de lo convenido; por otra parte, se ha declarado como determinante del lugar de entrega de las mercancías, y consiguientemente del lugar de cumplimiento, el hecho de que aquéllas viajaron por cuenta del comprador (SS. 18 y 25 de marzo de 1947 y 28 de noviembre de 1944). (Sentencia de 9 de abril de 1984; no ha lugar.) (E. M. S.-R.)

102. *Cuestión de competencia. Cláusula de sumisión expresa estampillada en el acepto de una letra de cambio.*—La cuestión debe ser resuelta en favor del Juzgado de Madrid, lugar al que aparece sometida la competencia en virtud de cláusula figurada en el original de la letra de cambio, toda vez que no sólo no se ha acreditado que efectivamente la estampilla de sumisión fuera impresa con posterioridad al momento de su firma, sino que, por el contrario, basta un detenido examen de la letra original para deducir del mismo que la firma aparece superpuesta a la estampilla, razón por la que al figurar la citada cláusula con anterioridad al acepto, y ser ésta conocida y aceptada por el librado, procede decidir la competencia. (Sentencia de 22 de mayo de 1984.) (L. F. R. S.)

103. *Competencia: Acción derivada del contrato de compraventa mercantil.*—Dado que lo ejercitado ha sido una acción personal derivada de un contrato de compraventa mercantil; que no se acredita la existencia de una concreta y específica sumisión a Tribunales de ningún lugar; que tampoco está acreditada la forma en que la mercancía vendida viajó desde el establecimiento del vendedor al del

comprador; conjunto de circunstancias éstas que dan lugar a que como tiene declarado esta Sala reiteradamente, por aplicación de lo dispuesto en la regla primera del art. 62 de la L. E. C., en relación con los arts. 1.171 y 1.500 del C. c., la mercancía debe entenderse entregada en el lugar del domicilio del vendedor que es donde habrá de realizarse el pago (SS. 23 noviembre 1981, 26 abril 1982, 5 diciembre 1983). (Sentencia de 9 de abril de 1984. Se declara competente para conocer la «litis» el Juzgado de Primera Instancia en cuyo territorio tenga el domicilio el vendedor.)

104. *Cuestión de competencia. Declinatoria: Acto de parte.*—Conforme dispone el art. 74 de la L. E. C., la cuestión de competencia por declinatoria es un acto de parte que ha de sustanciarse por el procedimiento correspondiente, no pudiendo considerarse como planteamiento de la misma el dictamen emitido para mejor proveer por el Ministerio Fiscal por cuanto, aparte de no tener en el caso de autos legitimación para estar en el juicio de divorcio —pues ello se dará cuando alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes, y esto último en el sentido de los arts. 181 y ss. del C. c., no en el de haber sido declarado rebelde—, en su momento, en representación del rebelde contestó la demanda, solicitó recibimiento a prueba e interesó señalamiento de la vista sin denunciar la falta de competencia. (Sentencia de 23 de enero de 1985; no ha lugar.) (J. C.)

105. *Ejecución de sentencia de divorcio dictada por Juzgado de Estados Unidos.*—Se considera aplicable el art. 954 de la L. E. C., cuyos requisitos se cumplen. (Auto de 12 de febrero de 1985; se otorga el cumplimiento en España de la sentencia citada.) (R. de A.)

106. *Ejecución de sentencia de divorcio dictado por Juzgado de Alemania Federal.*—Se considera aplicable el art. 954 de la L. E. C., cuyos requisitos se cumplen. (Auto de 21 de enero de 1985; se otorga el cumplimiento en España de la sentencia citada.) (R. de A.)

107. *Ejecución de sentencia de divorcio dictada por Juzgado de Alemania Federal.*—Se considera aplicable el art. 954 de la L. E. C., cuyos requisitos se cumplen (Auto de 23 de enero de 1985; se otorga el cumplimiento en España de la Sentencia citada.) (R. de A.)

108. *Ejecución de sentencia: Carácter.*—El recurso a que hace referencia el art. 1.695 de la L. E. C. persigue evitar las extralimitaciones de los tribunales con merma de los derechos de los litigantes, por lo mismo que en fase de ejecución no puede ser alterado el contenido de la sentencia aun cuando compete al organismo jurisdiccional la indeclinable facultad de determinar su alcance, complementándolo armónicamente si preciso fuere, valiéndose de la fundamentación jurídica del fallo, elemento de auténtica interpretación, lo que permitirá obtener las consecuencias lógicas de la situación resuelta, pero sin extenderse a la decisión de puntos sustanciales que no fueron planteados en la controversia ni la sentencia en trance de ejecución ha resuelto.

No presunción de solidaridad.—La Sala de instancia incurrió en extralimitación al imponer la condena con carácter solidario, a pesar de que la segunda sentencia de esta Sala (se refiere a la del Tribunal Supremo) nada dice al respecto. Exceso que no viene autorizado por el cauce de la correcta integración de lo decidido ni cabe fundar en la norma expresamente invocada del art. 1.084 del Código civil, pues obviamente no se trata de una deuda o carga del *de cuius* que como tal obligación pasa a los herederos como consecuencia del fenómeno sucesorio y con responsabilidad solidaria, incluso *ultra vires*, sino de las consecuencias patrimoniales de una situación surgida con posterioridad a la muerte del testador y en cuya creación tan relevante protagonismo tomaron los recurrentes, contra las cuales habrá de ser entendida la condena en mancomunada simple, en debida acomodación a la regla del art. 1.137 del C. c. (Sentencia de 14 de julio de 1984; ha lugar.) (R. de A.)

109. *Exequatur. Competencia del Tribunal francés: Sumisión conforme al Tratado.*—No cabe oponerse al exequatur interesado alegando la demandada española la incompetencia del Tribunal del Estado de origen para conocer la cuestión planteada, conforme a lo preceptuado en el art. 3.º del correspondiente Tratado, cuando compareció ante el mismo y formuló oposición en cuanto al fondo del litigio sin discutir la competencia, aceptando, por tanto, la misma en los términos exigidos en el art. 7-6 del referido convenio. (Auto de 15 de enero de 1985; se otorga el exequatur.) (J. C.)

110. *Exequatur. Divorcio: Rebeldía del demandado.*—Debe interpretarse flexiblemente el requisito del art. 954, pár. 2.º, de la L. E. C. y, en consecuencia, no reconocerse como situación de rebeldía la de la demandada española, emplazada personalmente en el juicio de divorcio planteado por su esposo, también español, en el lugar de su residencia en el extranjero, que no compareció, pues en otro caso bastaría una incomparecencia arbitraria para hacer imposible el exequatur.

Competencia del Tribunal extranjero en el divorcio de españoles.—No obsta la competencia del Tribunal extranjero del lugar de residencia la nacionalidad española común de ambos cónyuges, ya que si, conforme a la disposición adicional 1.ª-2 de la Ley 30/1981, los órganos jurisdiccionales españoles son competentes para conocer de la acción de divorcio cuando ambos cónyuges, aun no teniendo nacionalidad española, residen en España, no se advierte razón alguna para desconocer la de los Tribunales extranjeros cuando ambos cónyuges, aun siendo españoles, residieran en el extranjero al tiempo de ejercitarse por uno de ellos la acción; criterio que confirma el art. 107 del C. c.. (Auto de 23 de enero de 1985; se otorga el exequatur.) (J. C.)

111. *Prueba documental: Asientos, registros y papeles privados (art. 1.228 del Código civil).*—Los asientos, registros y papeles privados, a los que se refiere el art. 1.228 para restringir su eficacia demostrativa, son los de índole estrictamente particular o «doméstico», en expresión del artículo correspondiente, 1.211) del Proyecto de 1851, nota que en manera alguna concurre en los extractos de operaciones contables cuya utilización y destino no son exclusivamente personales, por lo que es manifiesto que la norma en cuestión no alude a la fuerza probatoria

que puedan tener los libros y registros llevados por una de las partes o suscritos por ella, sobre todo si se hace en cumplimiento de una obligación legal, y que son utilizados en litigio, hipótesis en la cual queda al arbitrio de los organismos jurisdiccionales de instancia fijar su alcance atendiendo a la clase de documentos de que se trate, a sus formalidades, a la relación jurídica proclamada y a la intervención que en la misma o en su reflejo documental pueda haber tenido la contraparte.

Certificación intervenido por agente de cambio y bolsa o corredor colegiado de comercio.—No se vulnera el art. 1.256 cuando en la póliza se dice que «se considerará como saldo líquido por el o los acreditados para ser reclamable por vía judicial, en su caso, el que resulte al cerrar la cuenta en la contabilidad» del acreedor, debiendo acompañarse, cuando de un juicio ejecutivo ordinario se trate, «una certificación intervenida por agente de cambio y bolsa o corredor colegiado de comercio» dando fe de su correspondencia con el resultado que la cuenta arroja, pacto acomodado a lo dispuesto en la Orden Ministerial de 21 de abril de 1950, tanto más cuanto que la resolución objeto de recurso alude también y se apoya en otros medios demostrativos, como son los recibos y talones obrantes en los autos así como las cambiales en poder del deudor que tiene como atendidas con cargo al crédito, e incluso se deja de valorar en el aspecto probatorio la actitud misma del recurrente, absteniéndose de deducir en su momento oposición a las liquidaciones parciales ni a las copias de cargo que, en su día, le serían enviadas de cada partida deudora (letras, cheques, recibos). (Sentencia de 21 de enero de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

112. *Artículo 1.214 del Código civil: Alcance.*—Dicho precepto, como ha repetido esta Sala, no tiene otro alcance que el de señalar las consecuencias de la falta de prueba, en cuanto que sobre quien pesa su carga deben recaer las consecuencias perjudiciales de su no demostración, sin ser aplicable tal norma a supuestos como el presente, en que el hecho se da por acreditado, independientemente de si lo ha sido por la actividad probatoria de aquel sobre quien pesaba su carga o del contrario. (Sentencia de 21 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

113. *Presunción de hecho y hechos concluyentes.*—En la hipótesis del artículo 1.253 del C. c., aunque el enlace preciso y directo que religa el hecho-base con el hecho-consecuencia haya de ajustarse a las reglas del criterio humano, con todo no se exige que la deducción sea necesaria y unívoca, residiendo en ello la diferencia existente entre la verdadera presunción regida por el artículo mencionado y los *facta concludentia* que han de ser inequívocos, sin que puedan ofrecer diversas interpretaciones. La estimación de las presunciones corresponde al Tribunal de instancia, siendo sólo revisable dicha estimación en casación cuando se demuestre que la conclusión es manifiestamente equivocada, ilógica o inverosímil. (Sentencia de 11 de junio de 1984; desestimatoria.)

HECHOS.—Determinadas personas, que actúan en interés propio y en el de una sociedad irregular, exigen a un consocio y prestatario el pago de una cantidad de dinero con determinadas condiciones y garantías, después de haber recibido, sin reserva ni protesta alguna, pagos parciales de capital e intereses en las condiciones queridas por el citado prestatario.

NOTA.—Conviene diferenciar los hechos concluyentes, que provocan la existencia de una manifestación tácita de voluntad, de cualesquiera otros hechos de los que quepa inferir, por la vía de la presunción especial contemplada en el art. 1.253 del C. c., una concreta conclusión de efectos jurídicos; los primeros demuestran inequívocamente la existencia de la voluntad caracterizadora de la declaración tácita de que se trate; los segúndos, por el contrario, admiten, en el terreno de la lógica, diversas interpretaciones. No obstante, creo que el art. 1.253 engloba ambas figuras, así como, tal vez, la de los actos propios, que, según la doctrina más autorizada, puede actuar incluso si los actos invocados no denotan obligadamente una determinada intención negocial, a diferencia de lo que sucede en las manifestaciones tácitas. Por otra parte, cabe impedir el carácter concluyente de un acto o hecho mediante la protesta o reserva expresa encaminada a romper dicho enlace, no siendo suficiente, en el caso, la alusión de los demandantes al hecho de haber aceptado los pagos parciales como mal menor y no como constitutivos de un convenio de cancelación del saldo, si nada declararon sobre este punto al recibirlos. (L. H. C. G.)

114. *Prueba de confesión: Eficacia.*—La Sala reitera su doctrina de que la prueba de confesión bajo juramento indecisorio tiene fuerza probatoria en función no de una posición aislada, sino del conjunto armónico e indivisible de todo lo confesado, sin que en ningún caso puedan escogerse fragmentariamente manifestaciones aisladas, aceptando solamente lo que al confesante perjudique y rechazando lo que le favorezca. Por otra parte, la fuerza probatoria de ese medio no es superior a la de los restantes medios de prueba y debe apreciarse por el Tribunal en combinación con la demás practicadas. (Sentencia de 2 de julio de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

115. *Incongruencia.*—La incongruencia de una sentencia solamente opera cuando no existe correlación entre los pedimentos de las partes y la parte dispositiva de la misma, sin que alcance a los razonamientos vertidos en ella, cuando éstos no son determinantes del fallo.

Interpretación de los contratos.—Es función de los tribunales de instancia, cuyas conclusiones deben ser respetadas, a no ser que pudiesen ser racionalmente tachadas de absurdas o ilógicas.

Cuestión nueva.—Al no haberse suscitado en los escritos de alegaciones no puede ser debatido en casación, sin grave riesgo del principio de indefensión del demandado, a quien se privaría de la posibilidad de hacer en tiempo oportuno sus alegaciones y probanzas sobre tal cuestión. (Sentencia de 18 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (R. de A.)

116. *Principio de congruencia.*—El principio de congruencia obliga a que exista concordancia entre lo pretendido y lo resuelto, pero no exige que el juzgador tenga que dictar su fallo ajustándose a los términos literales en que están redactadas las pretensiones de las partes, bastando con que acate la renuncia de lo solicitado (sic), en conexión con los antecedentes de hecho y los razonamientos jurídicos expuestos por los contendientes en los escritos iniciales del pleito. por lo que, habida cuenta que la resolución recurrida acepta determinados pedimentos de la demanda, rechazando expresamente y absolviendo del resto de ellos a los demandados, no puede en modo alguno entenderse que haya dejado de resolver ninguno de los puntos planteados por el actor en su demanda...

Disposiciones contradictorias.—La contradicción entre los pronunciamientos de la sentencia ha de desprenderse de los propios términos del fallo, que dificulta su ejecución, siendo necesario que en el fallo se produzca una incompatibilidad absoluta y notoria entre los distintos pronunciamientos y que al interpretar el núm. 4.º del art. 1.692 tiene sentado el Tribunal Supremo que la acusada contradicción ha de resultar entre los términos del fallo entre sí, y no entre los hechos sentados por la Sala y el fallo, siendo preciso que se produzca una notoria incompatibilidad entre los distintos argumentos básicos del fallo, de forma que suscite dudas su ejecución.

Contrato simulado.—Una vez apreciado por el juzgador que el contrato ha sido simulado, nada significa en contrario ni puede desvirtuar la eficacia de esta apreciación el hecho de estar otorgado ante Notario, porque su eficacia en materia de contratos no alcanza a la veracidad intrínseca de las declaraciones de los contratantes, ni a la intención o propósito que ocultan o disimulan, porque ésta y aquélla escapan a la apreciación notarial, por lo que, apreciándose por la resolución que se recurre, al igual que hizo la del Juzgado, que el contrato escriturado se halla aquejado de una simulación relativa, integrando un simple contrato de garantía, en lugar de uno de compraventa para, en virtud del pacto contraído (sic), es obvio que al negar virtualidad al contenido de la escritura no se ha desconocido el valor probatorio de los documentos públicos, ni se ha infringido el citado art. 1.218 del C. c., por lo que debe rechazarse este tercer motivo. (Sentencia de 17 de diciembre de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Como curiosidad, pues este extremo no llegó a desvelarse en los Considerandos de la sentencia del Supremo, hay que hacer constar que se trataba en este caso de un ejemplo de la discutida figura de la «venta en garantía», por la que un cosechero de plátanos transmitió a un exportador varias fincas, en garantía de los anticipos que este último le entregaba a cuenta de la exportación. (R. de A.)

117. Interpretación del contrato. Defectos en la interpretación del recurso de casación.

Interpretación del contrato

Tal y como es doctrina jurisprudencial reiterada por las sentencias recientes de 24 de enero de 1983, 29 de enero de 1983, 28 de febrero de 1983, 1 de junio de 1983, 24 de noviembre de 1983, etc..., ha de prevalecer el criterio de la Sala de Instancia sobre el interés del particular, siempre que la labor exegética de aquélla no resulte ilógica, desorbitada o intrínja, claramente, alguna norma interpretativa de obligada observancia.

Defectos en la interposición del recurso de Casación. Infracción del artículo 1.720, 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—Entre los motivos del recurso, son traídos a examen, como supuestamente infringidos, una serie de preceptos sustantivos de naturaleza tan dispar como los del artículo trescientos noventa y seis del Código civil, que contempla la propiedad horizontal y señala la concurrencia, en ella, de elementos comunes y privativos, los del mismo cuerpo legal relativos a la interpretación de los contratos, el que enumera los requisitos de los mismos y el que se refiere a los modos de manifestación del consentimiento, que así, globalizados, bajo un solo motivo, no respetan el mandato del artículo mil setecientos veinte, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, inci-

diendo en la causa de inadmisión del artículo mil setecientos veintinueve de esta Ley.

Introducción de cuestiones no planteadas en la fase expositiva del litigio.—El suscitar por primera vez cuestiones no planteadas en la fase expositiva del litigio, ni por tanto, debatidas, está vedado a la casación, cuya censura en tanto que revisora, exige que cada parte interesada haya conocido y tenido ocasión de pronunciarse acerca de las posturas de ataque y defensa de las otras y se haya permitido al Tribunal de Instancia el acabado conocimiento de las facetas delimitadoras del litigio en presencia. Doctrina, ésta, reiterada por el Tribunal Supremo en sentencias de 26 de marzo de 1970, 24 de febrero de 1983, 9 de marzo de 1983, 17 de mayo de 1983, 2 de junio de 1983 y 8 de julio de 1983 entre otras. (Sentencia de 15 de junio de 1984; no ha lugar.) (P. M. H.)

118. *Error de derecho.*—El error de derecho exige no sólo invocar normas sobre apreciación de la prueba, sino indicar preceptivamente el concepto en que han sido infringidos, y el recurso se limita a involucrar seis artículos sin especificar cómo han sido infringidos cada uno de ellos, aparte que los de la Ley procesal que cita no son normas valorativas de prueba.

Interpretación del contrato.—Los preceptos sobre obligatoriedad y existencia del contrato tienen naturaleza distinta de los relativos a la interpretación de sus cláusulas y no pueden contenerse en el mismo motivo. (Sentencia de 6 de febrero de 1985; no ha lugar.) (R. de A.)

119. *Alcance de la casación.*—Como es sabido, la casación por infracción de ley sólo procede contra la parte dispositiva de las sentencias y no contra sus considerandos, a no ser que éstos constituyan premisa obligada de aquélla, siendo por consiguiente ineficaz combatir los considerandos cuando el fallo, por otros fundamentos legales, deba mantenerse dentro de los hechos que fueron objeto del debate judicial, procediendo, en consecuencia con lo expuesto, desestimar los tres indicados motivos. (Sentencia de 5 de febrero de 1985; no ha lugar.)

(R. de A.)

120. *Casación. Carga de la prueba.*—Se comete infracción del artículo 1.214 del Código Civil, por alteración del principio del «Onus probandi», cuando la Sentencia atribuye a la parte que no ha alegado el hecho constitutivo el acreditamiento de la no existencia de dicho hecho con abstracción de su prueba por el que lo invoca; pero no hay tal infracción cuando el Tribunal conjuga y aprecia una serie de elementos probatorios suministrados precisamente por el litigante que articuló la pretensión, siendo cuestión distinta a la del «Onus probandi» la que puede determinar la incorrecta apreciación del alcance de las pruebas por la Sala sentenciadora en la Instancia. (Sentencia de 21 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (J. C.)

121. *Casación. Apreciación de la prueba. Valor de la confesión.*—La regla del artículo 1.232, párrafo 1.º, del Código Civil de que la confesión hace pruebas contra su autor, no es aplicable cuando se trata de considerar aisladamente una

posición, que interesa al recurrente de las demás que fueron formuladas y de lo afirmado en los escritos de alegaciones, lo que infringiría la norma del artículo 1.233 del propio Código de que la confesión no puede dividirse contra el que la hace.

Por otra parte, es reiterada doctrina jurisprudencial la de que el valor de la prueba de confesión ha de apreciarse en juicio en combinación con las demás practicadas, no pudiendo combatirse en casación el resultado de la apreciación conjunta por el aislado de uno de sus elementos integrantes, ni siquiera de la confesión judicial, cuya fuerza probatoria no es superior a los demás medios de prueba. (Sentencia de 7 de diciembre de 1984; no ha lugar.) (J. C.)

122. *Congruencia. Condena a pago de intereses.*—No incurre en incongruencia la Sentencia que condena al abono de los intereses legales cuando se suplicó el pago de los intereses pactados —que se habían referido a los bancarios— cuya determinación cuantitativa no pudo acreditarse, por cuanto no concede cosa diferente a la pedida, sino tan solo cosa menor de lo solicitado en la demanda, en tanto que condena al abono de los intereses precisamente por haber sido pactados, si bien reduciendo su montante por falta de pruebas. Por lo mismo no se infringe el artículo 1.108 del Código civil. (Sentencia de 24 de septiembre de 1984; no ha lugar.) (J. C.)

123. *Arbitraje de equidad: Plazo de emitir el laudo: Cómputo.*—Dado el carácter negocial del contrato de compromiso, el término de emisión del laudo —que es el pacto esencial de dicho negocio— es un plazo de naturaleza sustantiva y no procesal que tiene su origen en la voluntad de los compromitentes y en la aceptación del árbitro y no en una notificación, emplazamiento o requerimiento de un órgano jurisdiccional; por tanto, ha de aplicarse en cuanto al cómputo lo dispuesto en el artículo 5.º del Código Civil, de modo que los plazos fijados por días a contar de uno determinado (el de la aceptación del árbitro) quedará éste excluido del cómputo del que, en cambio, no se excluirán los días inhábiles.

De otro lado, la fecha de emisión del laudo, según se infiere del párrafo último del artículo 29 de la Ley de Arbitrajes, no es la que el árbitro colocó en el documento que presenta a la protocolización, sino la del acta por la que se efectúa ésta, ya que el laudo —dice la Ley— «habrá de dictarse por escrito ante Notario». (Sentencia de 24 de septiembre de 1984; ha lugar.) (J. C.)

124. *Casación: Error de hecho y de derecho: Escritura pública.*—La autenticidad del documento evidenciador del error de hecho sólo es predicable de aquellos que a su originaria legitimidad y fehaciencia unan la condición de hacer prueba plena, esto es, acreditar lo que se dice omitido en la instancia sin la necesidad de interpretaciones ni deducciones. Y en lo tocante al error de derecho, también es doctrina jurisprudencial constante que la vinculación del Juez a la escritura pública sólo alcanza a su fecha y al hecho que motiva su otorgamiento, no al resto de su contenido.

Casación: Error en la apreciación de la prueba: Valoración conjunta.—Es contrario a la doctrina del Alto Tribunal fundar un presunto error en la apreciación de la prueba aislando del conjunto probatorio un particular extremo de una de

las probanzas hechas y concederle un relieve superior a las restantes tenidas en cuenta por la Sala Sentenciadora. (Sentencia de 27 de septiembre de 1984; no ha lugar.) (J. C.)

125. *Casación: Procedimiento inadecuado.*—Como tiene establecido esta Sala en su Sentencia de 24 de enero de 1984, reiterando otras anteriores todos los supuestos de incompetencia jurisdiccional, incluido el de procedimiento, han de ser denunciados por la vía del ordinal 6.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a excepción de los eventos de incompetencia territorial, acusables al amparo del número 6.º del art. 1.693 de la propia ley.

Casación: Presunciones: Criterio del Tribunal de Instancia.—Es reiterada la doctrina de la Sala de que sólo en aquellos supuestos en que para llegar el Juzgador de Instancia a la consecuencia derivada del hecho básico, no controvertido en el recurso, se haya prescindido de las reglas de un criterio prudencial que lleve a conclusiones contrarias a la recta razón, ilógicas o absurdas es dable acoger el recurso, debiendo en los demás casos respetarse el criterio del Tribunal de Instancia. (Sentencia de 2 de octubre de 1984; no ha lugar.) (J. C.)

126. *Casación: Incongruencia.*—Como tiene reiteradamente sentado esta Sala el juzgador de instancia no está obligado a resolver explícitamente todas las excepciones planteadas por las partes, quedando aquéllas resueltas cuando la estimación de la demanda comporta la implícita desestimación de las excepciones.

Idem.—Únicamente cabe apreciar incongruencia cuando se produzca una falta de correlación entre el suplico de los escritos de alegaciones y el fallo en la resolución recurrida, no pudiendo extraerse, en cambio, tal incongruencia de la comparación entre el contenido de los escritos alegatorios y el de los considerados de la sentencia.

Idem.—No supone incongruencia la condena al pago de los intereses legales no solicitados cuando en el suplico se instaba la condena a indemnizar al actor «por todos los demás daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones», además de que, si la obligación consisten en el pago de una cantidad de dinero, como en el caso, por aplicación del mandato de art. 1.108 del Código Civil, la indemnización de daños y perjuicios se transforma en el abono de los intereses legales si no hay otros convenidos y nada se ha pactado en contrario.

Idem.—No se produce incongruencia por el hecho de que habiendo pedido la demanda en contestación la condena del actor al cumplimiento del contrato en la parte no cumplida, tal pretensión, calificable de reconvenional, no fue objeto de tratamiento procesal ni resuelta en la sentencia, pues al razonar ésta el cumplimiento por el actor de sus obligaciones y condenar al demandado por incumplimiento de las suyas, rechaza implícitamente la petición reconvenional. (Sentencia de 23 de enero de 1985; ha lugar.) (J. C.)

127. *Defectos en el recurso: Formulación separada de los motivos.*—Atenta a la claridad y precisión exigida por el art. 1.720 de la L. E. C., la formulación dentro del mismo motivo de dos conceptos de infracción dispares, aunque sean

referidos a preceptos distintos, cuales son en este caso el art. 1.256 C. c. y el art. 100 del Reglamento de Contratación de Corporaciones Locales, para lo que se exige la formulación separada de los motivos como esta Sala tiene dicho en sus SS. de 10 de abril de 1981, 4 de octubre y 15 de noviembre de 1982 y 14 de febrero y 20 de abril de 1983, lo que en este trámite deviene en causa de desestimación del art. 1.729 - 4.º de la L. E. C.

A ello ha de añadirse que los preceptos de carácter administrativo y reglamentario no son idóneos para fundar en ellos la casación civil (S. 8 de julio de 1983); tampoco pueden tener acceso a la casación por infracción de ley la infracción de normas procesales tales como el art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo (SS. 23 de junio y 3 de octubre de 1983).

Facultad moderadora de las cláusulas penales.—El uso de esta facultad moderadora regulado en el art. 1.154 C. c. viene atribuido a los Tribunales de instancia, sin posible revisión en trámite casacional, según impone reiterada doctrina establecida por esta Sala (SS. 4 de julio de 1981, 20 de abril y 30 de marzo de 1983). (Sentencia de 9 de abril de 1984; no ha lugar.) (E. M. S.-R.)