

II. SENTENCIAS

A cargo de A. CABANILLAS SANCHEZ

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1.—Principios generales del Derecho: «*Nemo auditur turpitudinem suam alegans*», «*Pacta sunt servanda*».—Pero es que además, el documento librado por las autoridades monetarias italianas evidencia que la autorización era posible y no se ha negado sino sólo retrasado por causa imputable a la demandada recurrente y fiadora quien no aportó «ulteriores elementos para su completa evaluación», por lo que no le es lícito alegar el incumplimiento de un deber que sólo a ella incumbía, para en base a ello intentar la nulidad de lo pactado («*Nemo auditur turpitudinem suam alegans*»). Valor y eficacia de lo pactado que ha de mantenerse en virtud de la fuerza vinculante de lo acordado («*Pacta sunt servanda*»), que no se sometió a condición, término o modo alguno.

Aplicación del Derecho extranjero: cuestión de hecho.—Además, según reiterada doctrina de esta Sala, la aplicación del Derecho extranjero es cuestión de hecho y como tal ha de ser alegado y probado por la parte que lo invoque, siendo necesario acreditar no sólo la exacta entidad de tal Derecho vigente sino también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite duda razonable a los Tribunales españoles. Todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente (sentencias de 26 de mayo de 1887, 9 de julio 1895, 19 de noviembre de 1904, 30 de enero de 1930, 1 de febrero de 1934, 4 de diciembre de 1935, 9 de enero de 1936, 30 de junio de 1962, 28 de octubre de 1968, 4 de octubre de 1982. También, sentencia del Tribunal Supremo, Sala 6.^a, de 15 de marzo de 1984).

Contratos de cambio: no comparables al aval o afianzamiento.—La parte recurrente insiste en mantener que en el caso de autos es indudable —dice— que la constitución de la garantía sin la obtención de la previa y preceptiva, además de excepcional, autorización, al vulnerar una norma prohibitiva y de orden público cual es la Ley Monetaria Italiana, incide en un vicio de nulidad que le priva de cualquier efecto, careciendo por tanto de fuerza de obligar en España, en su condición de miembro del Tratado Internacional en cuestión... sin que pueda ser de aplicación al caso planteado el Tratado que se cita, relativo a contratos de cambio, no equiparables en rigor a un aval o afianzamiento declarado válido y eficaz. (STS de 12 de enero de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—Rizzoli-Editore, S.P.A. presta aval solidario de doscientos cincuenta millones de pesetas para garantizar las operaciones de Norildis, S. A. de Barcelona con el Banco Español de Crédito. Se requiere a tal efecto la autorización del «Servicio Autorizzazioni del Ufficio Italiano dei Cambi». Solicitada ésta se detiene su tramitación por no aportar la avalista información complementaria que le pide el mencionado organismo.

Reclama judicialmente el Banco el cumplimiento del contrato y Rizzoli-Editore S.P.A. alega su nulidad por venir éste condicionado en su eficacia al cumplimiento de las disposiciones sobre control de cambios previstas por la legislación italiana que serían, a su juicio, valorables en nuestro ordenamiento y determinantes según éste de la nulidad de la fianza por vulnerar el Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional, publicado en el «BOE» de 13-IX-1958.

El Juzgado estima la reclamación del Banco y condena a la demandada al pago de la cantidad requerida. Se desestima la apelación. El Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

2.—Cláusula penal. Moderación por el Juez.—La redacción del artículo 1.154 del Código civil permite extender la eficacia de la facultad moderadora a cualesquiera de los supuestos de funcionamiento de las cláusulas penal: «coercitivo», «penal» y «sustitutivo», sin que deba estimarse excluido el tercero de ellos, «sustitutorio o liquidatorio», que es el de autos. (STS de 8 de febrero de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—Dos sociedades celebraron un contrato de compraventa de un complejo urbanístico, acordando que el impago de una o de todas las cambiales entregadas debidamente y aceptadas por la sociedad compradora, daría derecho a la vendedora a la resolución del contrato, haciendo suyas las cantidades pagadas, en concepto de indemnización por los perjudicados que el impago ocasionaría, aceptando ambas partes la cláusula resolutoria expresa. La sociedad vendedora remitió a la compradora carta, por conducto notarial, requiriéndola al pago de un efecto, y advirtiéndola que, en caso de no ser atendido, se ejercitaría la acción resolutoria, haciendo suyas, en concepto de indemnización, las cantidades recibidas hasta la fecha.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda de reclamación de cantidad interpuesta por la sociedad vendedora. La Audiencia Territorial revocó esta sentencia. No prospera el recurso de casación.

3.—Indemnización de daños y perjuicios por contravenirse el tenor de la obligación.—El artículo 1.101 no atiende solamente, como causa de indemnización de daños y perjuicios, al dolo, la negligencia o la morosidad, sino que atiende, además, a la contravención de la obligación de cualquier otro modo; expresión donde el Código civil, de una manera progresiva para la época de su promulgación, permite incluir hasta las contravenciones debidas no a negligencia ni a dolo

ni a mora, sino a otras causas que pueden tener lugar aunque se haya prestado la diligencia debida en el cumplimiento de la obligación.

Determinación de los daños.—La Sala valora los daños conforme a las facultades que tiene para ello como problema de hecho, sin que esté prohibido acudir a criterios ya recogidos en disposiciones de mercada paridad de contenido con el caso a dilucidar. En este supuesto, tomando como modelo la retribución de la recurrente entregó a otro miembro de la tripulación no participante en el pleito.

Doctrina de los propios actos.—Los promotores o propietarios de la nave fueron absueltos en primera instancia juntamente con la ahora recurrente, y contra la sentencia absolutoria no formuló lógicamente recurso alguno la entidad recurrente, que consintió la absolución, y no puede ahora pretender ir contra sus propios actos solicitando una condena de quienes fueron absueltos en pronunciamiento firme. (STS de 23 de febrero de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—La cuestión litigiosa se suscitó porque una entidad se comprometió a sufragar los gastos de una repetición del viaje efectuado por Elcano en el siglo XVI en una goleta. Debido a los elevados gastos que suponía la realización del viaje, se decidió no llevarlo a cabo. Los que iban a ser los tripulantes demandaron indemnización de daños y perjuicios, frente a los organizadores del viaje y frente a la entidad patrocinadora, que los había utilizado en su actividad publicitaria.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda en su integridad. La Audiencia Territorial revocó en parte esta sentencia, estimando la demanda interpuesta contra la entidad patrocinadora del viaje. No prospera el recurso de casación interpuesto por la misma.

NOTA.—El mayor interés de esta sentencia radica en la interpretación objetivadora que hace el Tribunal Supremo de la expresión «los que de cualquier manera contravinieron al tenor de aquella», que figura en el artículo 1.101 del Código Civil. No cabe duda de que el inciso final de este precepto en unión con el texto del artículo 1.107, que habla del deudor de buena fe, es uno de los principales argumentos que pueden utilizarse para defender en nuestro Derecho una concepción no puramente subjetiva de la responsabilidad contractual.

También es útil el inciso final del artículo 1.101 para explicar el régimen de la denominada ejecución defectuosa de la prestación como supuesto distinto del incumplimiento definitivo y de las hipótesis de retardo y mora (Díez Picado y Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Madrid, 1989, p. 212).

4.—Criterios para la interpretación de las condiciones especiales del contrato de Seguro Agrario Combinado.—La resolución del problema así planteado, requiere de las previas consideraciones que se exponen a continuación: 1.º) Si bien el Seguro Agrario Combinado permite su encaje en los contratos denominados «normados» o «reglamentados» al obedecer el clausulado de sus «condiciones especiales» a las normas dictadas por la Administración, de modo que su interpretación tenga que realizarse bajo módulos objetivos y sustraídos, en principio, de la voluntad e intención contractual de las partes, ello no significa que su ámbi-

to interpretativo esté excluido de las normas generales previstas en los ordenamientos civil y mercantil y de las específicas comprendidas en la Ley de Contrato de Seguro, 50/1980, que, en virtud de su artículo 2, regirán de manera supletoria, en defecto de Ley aplicable, sin que pueda olvidarse al respecto que el Seguro Agrario Combinado fue establecido, primordialmente, en beneficio de los agricultores. 2.^a) La específica regulación del Seguro de que se trata, contenida en la Ley número 87/78, de 28 de diciembre, en su Reglamento aprobado por Real Decreto de 14 de septiembre de 1979 y en la Orden de 14 de abril de 1983, sobre «normas para el combinado de helada, pedrisco, viento y/o lluvia en tomate y pimiento en campaña 1983», carece de disposiciones especiales acerca del modo y forma de interpretarse las dudas surgidas en torno al riesgo asegurado. 3.^a) Debido a la mejor preparación técnica que caracteriza las entidades aseguradoras y a su exigencia de mayor responsabilidad, no cabe admitir que se refugien en la nulidad del contrato prevenida en el artículo 4 de la Ley 50/1980 para los supuestos de inexistencia del riesgo, ante aquellos casos que presenten dificultades interpretativas susceptibles de subsanación por medio de una información adecuada transmitida al asegurado. 4.^a) Según se desprende de la decimoquinta condición especial, no era preciso especificar la variedad de tomate asegurado. 5.^a) El artículo 3 de la precitada Ley dispone que en ningún caso, las condiciones generales podrán tener carácter lesivo para los asegurados, así como que las cláusulas limitativas de sus derechos, se destacarán de modo especial y deberán ser específicamente aceptadas por escrito. 6.^o) Los artículos 1.284 y 1.288 del Código civil previenen que «si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto» y que «la interpretación de las oscuras, no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad», siendo reiterada la doctrina mantenida por esta Sala acerca de que «en caso de duda sobre la significación de las cláusulas generales de las pólizas habrá de adoptarse la interpretación más favorable al asegurado», como también lo es la sostenida respecto a que la interpretación de los contratos, corresponde al Juzgado de instancia. (STS de 12 de diciembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—A, B y C, arrendatarios mancomunados de una finca rústica, conciertan con «Agroseguro» una póliza de Seguro Agrario Combinado de pedrisco y lluvia correspondiente al tercio de cultivo de cada uno en la explotación. En las «Condiciones especiales» del contrato se fija la definición de lluvia a los solos efectos del seguro. Se producen importantes precipitaciones que causan daños graves a la cosecha. La aseguradora se niega a aceptar la declaración de siniestro de sus asociados en razón, precisamente, de la definición del riesgo de lluvia estampada en las referidas «Condiciones especiales». A, B y C demandan a «Agroseguro» por incumplimiento de contrato y piden sea condenada al pago a cada uno de ellos de la cantidad que se reclama. El Juzgado accede a la pretensión de los actores, confirmando la Audiencia la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación que interpone la aseguradora (R.G.S.).

5.—Relatividad de los contratos.— En particular debe ponerse de relieve la infracción de la doctrina de la relatividad de los contratos que implica la conducta del recurrente, ya que no habiendo intervenido en el contrato de préstamo

entre el Banco Hipotecario y la entidad ahora recurrida para la construcción por ésta de un grupo de viviendas, pretende deducir efectos favorables de las relaciones entre prestamista y prestatario, lo que contraviene paladinamente a la norma del artículo 1.257 del Código civil, a cuyo tenor los contratos solo producen efecto entre las partes contratantes y sus herederos; y sin que en el contrato privado entre vendedor (prestatario o otro contrato) y comprador (ajeno al contrato de préstamo) se haga referencia alguna al contenido del otro contrato, sino únicamente a una subrogación en el lugar del prestatario, que no se llevó a efecto por incumplimiento del contrato de venta por parte del comprador, ahora recurrente.

Alcance de las alegaciones por escrito en el trámite de diligencias para mejor proveer.—Al respecto debe también observarse la anomalía de tramitación que se observa en las actuaciones, en cuanto la incomparecencia del demandado en primera instancia, que originó la declaración de rebeldía, y su comparecencia en la segunda, dio lugar a alegaciones en trámite impropio para las mismas, sobre todo, con infracción del artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que si bien permite poner de manifiesto a las partes el resultado de las diligencias para mejor proveer, las alegaciones por escrito que se autorizan para aquellas se ha de limitar a lo que estimen conveniente «acerca de su alcance e importancia», pero no está ni en la letra ni en el espíritu de la norma ampliarlas hasta llegar a suplir la fase alegatoria de la litis, truncada por la rebeldía del demandante y que no puede de ninguna manera ser sustituida por estas alegaciones que la Ley permite con un limitado y estricto objetivo, sin dejar al arbitrio de las partes reproducir, en contra del principio de preclusión, una nueva y amplia fase alegatoria.

Facultad de moderación de la pena convencional. Regulación de este extremo en la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra.—El motivo es igualmente desestimable: a) En primer lugar porque la facultad de moderación de la pena convencional que autoriza al Juez el artículo citado del Código civil, no se establece en el Derecho Civil Foral navarro, puesto que la Ley 518, párrafo 1 de la Compilación foral vigente, dispone, por el contrario, que «la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial»: norma que, a tenor de lo dispuesto en la Ley 2 de la misma Compilación, hay que estimar de preferente aplicación sobre lo dispuesto en el Código civil, que no es más que Derecho supletorio del foral. b) Debe resaltarse, sin que obste en absoluto a su aplicación, que la citada norma foral constituye una excepción en el vigente Derecho comparado más afín al ordenamiento español (común o foral), en cuanto que la moderación equitativa de la pena por el Juez viene establecida tanto en los Códigos del grupo germánico (así en el alemán, parágrafo 343, en el austriaco, parágrafo 1.336-2 y en el suizo de obligaciones, art. 163), como en los del grupo llamado romanizado o latino (así en el francés, art. 1.231, en el español, art. 1.154, en el italiano, art. 1.384 y en el portugués de 1966, art. 812); habiendo sido denegada tal facultad de moderación de la pena en el Derecho foral navarro sin duda por influencia de sus principios generales inspirados en el Derecho romano, cuya doctrina de las estipulaciones penales no entendía éstas como una modalidad de la indemnización preestablecida. (STS de 25 de enero de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso de casación que el Tribunal Supremo resuelve trae causa de un juicio ordinario de menor cuantía seguido ante el Juzgado de 1.ª Instancia, número 2 de Pamplona en el que la de-

mandante —una empresa constructora— ejercitaba una acción resolutoria de contrato de compraventa del inmueble por falta de pago del precio por el comprador. Accede el Juzgado a las peticiones de la actora. La Audiencia confirma la sentencia de instancia. El recurso de casación no prosperó (R.G.S.).

6.—Interpretación de los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil.—Y aunque al desarrollar el mismo, se está prácticamente pretendiendo efectuar un nuevo proceso valorativo del conjunto probatorio, propio de una segunda instancia y totalmente desterrado en la casación, bueno será dar respuesta a las alegaciones que allí se hacen, partiendo, como principio básico, de la doctrina, sobradamente conocida de esta Sala, en orden a la interpretación de los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil; doctrina que en esencia puede concretarse en la exigencia de los siguientes presupuestos para la aplicabilidad de tales preceptos: clara reciprocidad de las obligaciones en juego, exigibilidad de las mismas, cumplimiento por parte del reclamante de lo que incumbía, y, fundamentalmente, una falta de voluntad ostensible en orden al cumplimiento por parte del demandado. El Tribunal «a quo» estudia el conjunto probatorio obrante en autos, y llega a la conclusión de que no aparece suficientemente probada la voluntad obstativa al cumplimiento del demandado, hasta el punto de haber frustrado el fin contractual.

Factores que excluyen la voluntad obstativa al cumplimiento por parte del demandado.—Esta concurrencia de circunstancias, unida a la respuesta que da el actor, frente al requerimiento de que se elevara a escritura pública el primitivo documento privado (arts. 1.279 y 1.280-1.^a del Código civil), presupone la existencia entre las partes de un litigio, disputa o diferencia de interpretación contractual, que elimina la exigida voluntad obstativa al cumplimiento, preconizada por la jurisprudencia, e indispensable para que sea factible la pretendida resolución. (STS de 3 de diciembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso contempla un supuesto de resolución de contrato de compraventa de inmueble. Esta es declarada por el Juzgado de instancia que desestima la reconvencción del recurrido en sentido favorable a la validez y eficacia del contrato. La Audiencia revoca la sentencia del Juzgado estimando la reconvencción. No prospera el recurso de casación que interponen los actores en la instancia (R.G.S.).

7.—Ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria.—La facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro Ordenamiento no solo en la vía judicial, sino mediante declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva —claro está— de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento, rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando en definitiva si la resolución ha estado bien hecha, o si ha de tenerse por indebidamente utilizada, lo que supone tanto como que la decisión judicial no produce la resolución contractual, sino que proclama simplemente la procedencia de la ya operada.

Procedencia de la resolución.—En el presente caso el ejercicio de la facultad resolutoria ha reunido todas las exigencias legales, pues se trataba de una obligación específicamente bilateral, cuya exigibilidad aparecía implícita en la misma;

el reclamante había cumplido lo que le incumbía, y la voluntad incumplidora de la otra parte se había hecho patente y definitiva, dada su probada insolvencia.

Eficacia probatoria de los documentos privados.—No es posible tener en cuenta las fechas de los contratos privados de venta efectuados por la constructora a los actores, ya que tales documentos no reúnen los requisitos del artículo 1.277 del Código civil en cuanto a su afectación a terceros. (STS de 14 de junio de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—Mediante documento privado de fecha 29-9-1977, don F.N.U. se reconoce deudor de la sociedad C.C.S.A. por diversos conceptos entre los que figura unas obras de mejora que se debían realizar en algunos pisos comprados por F.N.U. a C.C.S.A. Para el pago de la suma total debida F.N.U. hace dación en pago a C.C.S.A. de seis pisos que había adquirido anteriormente y que tenía inscritos a su nombre. El 22-1-1980, F.N.U. notifica notarialmente a C.C.S.A. su voluntad de dar por resuelto el contrato de dación en pago dado que ésta no ha realizado las obras de mejora debidas.

Entretanto C.C.S.A. vende, también en documento privado, los pisos cedidos (aunque en el texto de la sentencia no consta si la venta fue anterior o posterior a la resolución).

Los adquirentes demandan a C.C.S.A. —la empresa vendedora— y a F.N.U. —titular registral de las viviendas— solicitado que se otorguen las correspondientes escrituras públicas que les permitan la inscripción de su derecho. En primera instancia la demanda es desestimada. En apelación se revoca la sentencia, estimando parcialmente la demanda. F.N.U. recurre en casación y el TS casa y anula la sentencia, confirmando en su lugar el Fallo del Juzgado de Primera Instancia.

8.—Significado de la señal entregada al tiempo de la perfección del contrato de compraventa.—Al establecer el documento privado de 31 de mayo de 1977, reflejador de la compraventa en cuestión, la recepción por la vendedora... de la cantidad de cinco millones de pesetas como señal o prenta por la venta de una casa en ruinas designada como de su propiedad... y cuyo total hasta dieciocho millones de pesetas se le entregarían al contado en el momento de hacer la escritura en la Notaría el día 30 de abril de 1977, claramente está poniendo de manifiesto, como certeramente ha sido apreciado por la Sala sentenciadora de instancia que la indicada suma de cinco millones de pesetas entregada a nombre de la entidad compradora y recibida por la vendedora responde no a arras penitenciales, en previsión de un posible desistimiento o retroacción que se autorizaba de antemano, ni a arras penales, derivada de entrega hecha en garantía de la indemnización que pudiera originar el incumplimiento ni tan siquiera de meras arras confirmatorias, consistente en la entrega de una cantidad en señal de confirmación del contrato, una vez perfeccionado éste, que como de tal índole es de atribución total al precio fijado a la compraventa, con la consiguiente obligación de devolución cuando el contrato se resuelve por incumplimiento atribuido al vendedor, sino simplemente de la entrega de una suma asignada al precio total, y como anticipo parcial del mismo, porque, como tiene declarado esta Sala en sentencias de 24 de noviembre de 1926, 11 de octubre de 1927, 8 de julio de

1933, 5 de junio de 1945, 22 de octubre de 1956, 1 de abril de 1958, 20 de mayo de 1967, 10 de diciembre de 1970, 17 de febrero de 1982 y 10 de marzo de 1986, las arras tienen un carácter excepcional, que exige una interpretación restrictiva, sólo susceptibles de apreciarse como existentes cuando se evidencia una voluntad indubitada de las partes en tal sentido, emanante de una adecuada interpretación del contrato, que es precisamente lo efectuado por el Tribunal «a quo». (STS de 2 de diciembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Doña Juana vendió una casa de su propiedad a Construcciones V. Se formaliza la compraventa en documento privado a cuya firma recibe la vendedora la cantidad de cinco millones de pesetas. El resto debía pagársele al otorgamiento de la escritura pública correspondiente. Transcurrido algo más de un año doña Juana enajena ante notario la referida casa a don Pedro y don Juan. Construcciones V. demanda a la vendedora por incumplimiento de contrato pidiendo se le condene al otorgamiento de la escritura pública de compraventa además de solicitar la nulidad de la formalizada con don Pedro y don Juan y la de inscripción verificada a nombre de estos en el Registro. Para el caso de que no se declare la nulidad y al no poderse cumplir el contrato que consta en documento privado suplica la devolución de la cantidad entregada con sus intereses más la correspondiente a la liquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales. Se opone doña Juana y reconvierte pidiendo la nulidad del contrato y alternativamente su resolución junto con la pérdida —para ambos supuestos— de la cantidad entregada al conceptuarse ésta como arras penitenciales. El Juzgado declaró resuelto el contrato privado de compraventa condenando a la demandada a la devolución de la cantidad recibida más las restantes consecuencias económicas requeridas por la actora. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia de instancia. El recurso de casación interpuesto por doña Juana no prosperó (R.G.S.).

9.—Compraventa de plazas de garaje por construir: resolución por incumplimiento.—Procede la resolución del contrato de compraventa de cinco plazas de garaje por ser inadecuadas a la finalidad a que se destinan.

Improcedencia de la devolución del precio actualizado: doctrina general sobre cláusulas de estabilización.—La doctrina jurisprudencial y científica, en relación con las cláusulas de estabilización tendentes a corregir el desequilibrio económico en el sinalagma negocial por la devaluación monetaria, ha requerido una voluntad nitidamente manifestada por las partes contratantes, o deducida en forma inequívoca de las circunstancias particulares del caso; en consecuencia, la devolución del precio anticipadamente abonado no puede exigirse en su valor actualizado por ausencia de dichos requisitos y falta de una norma clara en el ordenamiento jurídico que la imponga de modo general.

Daños y perjuicios no probados: desmerecimiento de pisos vendidos sin plaza de garaje.—Las sentencias de instancia coinciden en que no se ha demostrado en el presente caso la existencia de perjuicios, fuera de los intereses desde la fecha de entrega del importe del precio, por demérito en los pisos que han tenido que ser vendidos sin plaza de garaje; por otra parte, el resarcimiento de daños

y perjuicios, cuando se trata de entrega o devolución de dinero, es el interés legal desde que debió hacerse la entrega o su reembolso hasta la fecha de su actividad. (STS de 3 de noviembre de 1988, No ha lugar.)

10.—Venta a plazos de vehículo: cláusula de reserva de dominio no inscrita: resolución por falta de pago: ineficacia de la reserva frente a tercero.—Embargado el vehículo por el vendedor, sacado a subasta a su instancia, rematado en su favor por un tercero, y adjudicado a aquél a quien el tercero se lo cedió, el dominio del mismo pasó a este último sin que le afecte la cláusula de reserva de dominio no inscrita, todo ello sin perjuicio de estimar la resolución de la venta a plazos por falta de pago.

Cesión de contrato: el rematante en subasta no adquiere en virtud de cesión de contrato que realice el comprador embargado.—Es criterio compartido, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencial, que la figura de cesión de contrato es recogida por el ordenamiento español, con gran prudencia, obligando en los supuestos ordinarios a recabar del cedente el consentimiento del otro contratante, a quien no resulta, por regla general, indiferente la personalidad del obligado a realizar las prestaciones contractuales, por lo que el artículo 1.209, párrafo 2 del Código civil obliga a establecerla con claridad para que produzca efecto, fuera de los casos excepcionales en que se presume por la Ley; en el presente caso el cesionario del rematante no adquirió el autocar en virtud de contrato alguno con el vendedor, ni se subrogó en las obligaciones del anterior propietario, sino que llevó a cabo su adquisición en pública subasta perfeccionada por la adjudicación judicial, debiendo advertirse que el embargo recayó sobre la propiedad del vehículo, y lo mismo ocurrió con la subasta y la adjudicación judicial, sin que sea suficiente para estimar el establecimiento de la subrogación la circunstancia de decirse en los edictos que el autocar se hallaba sujeto a reserva de dominio (STS de 7 de noviembre de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—Una equivocada conducta procesal, titubeante y contradictoria, unida a la falta de cumplimiento del artículo 23 de la Ley de Venta a Plazos de cosas muebles, han conducido al parcial fracaso de la acción ejercitada por el vendedor. Parece que no estaba muy convencido de la eficacia de la reserva de dominio al embargar el vehículo en poder del comprador, y aunque estuvo presente en todas las fases subsiguientes, hasta el remate por un tercero, lo que cedió a otra persona, en cuyo momento ejercita dicha reserva. El Tribunal Supremo se limita a aplicar la doctrina reiterada sobre ineficacia frente a tercero de la cláusula no inscrita, al tiempo que declara inmune al rematante, y a su cesionario, inmunes a la reserva que únicamente produce efectos *inter partes* al no haber sido inscrita. La adquisición en virtud de remate subsiguiente a subasta judicial no implica subrogación en el contrato de venta a plazos realizado por el ejecutado. No parece que el Tribunal Supremo haya variado su tradicional interpretación del *pactum reservati dominii*, ni que haya aceptado la doctrina de Bercovitz sobre la eficacia del mismo en la Ley de 1965. Sobre el tema, ampliamente, Martínez de Aguirre, *Las ventas a plazos de bienes muebles* (Madrid, 1988), p. 120 y ss., quien observa la frecuencia de la práctica del embargo por el vendedor (G.G.C.).

11.—Responsabilidad del promotor de viviendas ex artículo 1.591 del Código civil.—La sentencia extiende la cualidad de «construtor» al promotor del edificio, en consonancia con la jurisprudencia anterior (STS 28-11-1970, 11-2-1985, 9-3-1988 y 17-5-1988), para adaptar «la insuficiente regulación legal del contrato de ejecución de obras a las necesidades sociales de tutela judicial efectiva».

Esta inclusión del promotor en la figura del «constructor» es aplicable tanto al promotor-vendedor, que selecciona un sólo contratista, como al que elige los diversos gremios que intervienen en la obra.

Responsabilidad solidaria.—Se dará cuando el Tribunal no atribuya entre los varios culpables cuotas determinadas en proporción al valor causante de las respectivas conductas.

Vicios ocultos y ruina funcional.—La Sala, en multitud de sentencias ha elaborado una completa definición de los conceptos de ruina funcional, vicios de la cosa que la hacen inadecuada, todos los cuales son comprendidos por el artículo 1.591 del Código civil y rechaza que les sea aplicable el estrecho precepto del artículo 1.490, absolutamente insuficiente para satisfacer la necesidad de tutela judicial.

Litisconsorcio pasivo.—Es también reiterada la doctrina que emana de las sentencias de la Sala en las que se declara suficiente «demandar al contratista (STS 4-3-1988) sin necesidad de traer al proceso a otros colaboradores o a los técnicos a quienes el actor no atribuya ningún grado de responsabilidad. Todo naturalmente sin perjuicio de que los demandados traídos al proceso puedan lograr su absolución demostrando que son ajenos a las causas de la ruina o que son otros los causantes. O que puedan acreditar que junto a ellos hubo otros culpables. En cualquier caso, sin necesidad de litisconsorcio y sin perjuicio de las acciones de repetición que en su caso procedan entre el condenado y los demás intervinientes en la obra. (STS de 12 de diciembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—La comunidad de propietarios de un edificio demanda a la promotora de la construcción del mismo por diversas deficiencias en la construcción que, comunicadas a la promotora, no fueron reparadas. La sentencia de primera instancia es desestimatoria de la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Territorial estima en parte la demanda, condenando a los demandados, conjunta y solidariamente a reparar los vicios constructivos que se estiman probados. Estos recurren en casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al hecho.

12.—Vicios de construcción. La cooperativa actora no ostenta la cualidad de promotora, sino la de mera dueña de la obra.—La sentencia impugnada da una amplitud desmesurada al concepto de promotor establecido por la doctrina de esta Sala al reputar como tal a la cooperativa actora. La cualidad de promotor-constructor la ostenta quien por su cuenta y en beneficio propio encarga la realización de la obra a un tercero, con intención de destinar las viviendas y locales construidos al tráfico con terceros compradores para obtener beneficio económico que falta en la actora, sociedad cooperativa de responsabilidad limitada, cuyo objeto era la promoción de viviendas para ser adjudicadas exclusivamente a sus asociados y familiares, de acuerdo con el concepto de que esta clase de cooperati-

vas da el artículo 103 del Reglamento de 16 de noviembre de 1978, siendo la adjudicación de las viviendas a los socios cooperativistas y la aportación de las cantidades resultantes de la distribución y derrama del costo de la construcción, operaciones a todas luces diferenciables de la idea de venta a persona ajena a la constructora, que lo ha sido la misma cooperativa; se configura ésta, en consecuencia, como mera dueña de la obra legitimada frente al contratista y los técnicos intervinientes en la construcción para exigir frente a ellos la responsabilidad nacida al amparo del artículo 1.591 del Código civil.

Ruina funcional.—Tiene lugar cuando los efectos de la construcción exceden de las imperfecciones corrientes y hacen inútil lo construido para el cumplimiento de su destino conforme a su naturaleza.

Cláusula penal.—No es aplicable la cláusula penal, porque la penalización se liga a retrasos o demoras producidos por causas imputables al contratista, lo cual no concurre en el presente caso. No se da una terminación extemporánea de la obra por causas imputables al contratista, lo que hace decaer el motivo al haber aplicado la Sala de instancia rectamente el artículo 1.152 del Código civil. (STS de 20 de febrero de 1989, ha lugar en parte.)

HECHOS.—Una cooperativa de viviendas demandó solidariamente a una empresa constructora, a los arquitectos y a una compañía de seguros, por los graves vicios de construcción de las ciento quince viviendas, los locales comerciales y los sótanos.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó de forma solidaria a la empresa constructora y la compañía de seguros a la reparación de los vicios observados. La Audiencia Territorial revocó esta sentencia y dictó otra desestimando la demanda. Próspere en parte el recurso de casación interpuesto por la cooperativa.

NOTA.—Son pocas las sentencias del Tribunal Supremo que contemplan la construcción en comunidad, a la que se refieren la exposición de motivos de la Ley de Propiedad Horizontal y el Decreto de 12 de diciembre de 1968 (véase De la Cámara, Garrido y Soto, *Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana*, en *Ponencias presentadas por el Notariado español en los Congresos Internacionales del Notariado Latino*, Madrid, 1975, pp. 923 y ss.). La solución que acoge la sentencia que anoto es plenamente correcta, ya que la cooperativa de viviendas celebra un contrato de obra con el contratista, por lo que, en rigor, tiene exclusivamente la condición de comitente o dueña de la obra. La cooperativa no vende los pisos y los locales a terceros, por lo que difícilmente puede ser calificada como promotora, a fin de que responda como tal, es decir, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que, a efectos de la aplicación del artículo 1.591 del Código civil, equipara el promotor al contratista.

En el caso de la sentencia es precisamente la cooperativa, en su condición de comitente o dueña de la obra, quien está legitimada para ejercitar la acción de responsabilidad decenal frente al contratista y los técnicos que ha contratado. No por la vía de la compraventa, sino por la del contrato de obra, como señala el Tribunal Supremo en la sentencia (A.C.S.).

13.—Responsabilidad por vicios en la obra inmobiliaria de los aparejadores.—Una reiteradísima jurisprudencia de esta Sala amplía el elenco de los responsables, tanto equiparando a los promotores con los constructores, como reconociendo el carácter de técnicos facultativos responsables a los aparejadores, a todos los cuales se puede demandar conjuntamente y obtener, en su caso, sentencia condenatoria, bien mancomunada o solidaria, siempre que en el proceso se haya acreditado incumplimiento de los respectivos deberes profesionales y su influencia en los daños producidos (STS de 14 de noviembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Condenados a satisfacer las cantidades fijadas en la sentencia por presentar las viviendas graves defectos de construcción, los dos aparejadores recurren alegando que son técnicos que ejercen funciones subordinadas al arquitecto, verdadero director y responsable del edificio. No prospera el recurso de casación.

14.—Simulación y requisito de forma en la donación de inmuebles.—Ninguno de dichos motivos es de estimar, dado que siguen partiendo de algo distinto a lo que aparece clara y adecuadamente declarado por el Tribunal de apelación: que el contrato de compraventa es plenamente simulado y que la donación no es válida y así el recurrente no ha tenido para nada en cuenta, ni en lo que hace al contrato de compraventa que su simulación es consecuencia de carecer de causa y de precio; ni en orden a la donación, e independientemente de lo relativo a los problemas que en la doctrina tanto científica como jurisprudencial plantea la hipótesis de la simulación de una compraventa y la licitud o validez de la donación ínsita en el mismo contrato, por no ser cuestión a tratar aquí, que resulta evidente que según una muy constante doctrina de esta Sala, para la validez y efectividad de estas donaciones, es preciso que en ellas concurren las condiciones y requisitos tanto formales como sustantivos imprescindibles para su validez y eficacia jurídica, lo que no contee en este concreto supuesto, dado que como muy bien dice la Sala «a quo», «el hecho de que el requisito de la escritura pública se cumple bajo la forma de compraventa es una argumentación que carece de eficacia en cuanto él cumple los requisitos que se requieren para su especial naturaleza, pero no los necesarios para la donación; falta pues en este caso el requisito imprescindible de la forma», «pero es que además tampoco existe el animus donandi ni circunstancias del que pueda inferirse» (fundamento 5.º de su sentencia); y no se cumple el requisito de forma, como indica la sentencia impugnada en cuanto que la donación respecto de cuya existencia tanto insiste el recurrente, aparece en todo caso en un documento privado (STS de 2 de diciembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—A vende a su sobrina B unas fincas reconociendo esta última en documento privado que tal compraventa es puramente formal por carecer de causa y precio. Muere B y A demanda al marido e hijos de la difunta solicitando del Juzgado de Primera Instancia la declaración de nulidad del contrato de compraventa, la nulidad e ineficacia de las inscripciones en el Registro a que la escritura de compraventa dio lugar y la declaración de su dominio respecto de las fincas. Accede el Juzgado a lo pedido. La Audiencia confirma la sentencia de instancia. Recurrida la de apelación el Tribunal Supremo declara no haber lugar (R.G.S.).

15.—Efectos de la fianza entre los cofiadores: alcance del artículo 1.844,3 del Código civil.—El primer motivo amparado en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del artículo 1.844,3 del Código civil por inaplicación y viene a ser el anverso del segundo motivo que por la misma vía casacional, número 5, del artículo 1.692 ya invocado, acusa la infracción por aplicación indebida de los artículos 1.137, 1.138, 1.145, 1.822, 1.837 y 1.839 del mismo Cuerpo legal sustantivo que constituye el reverso de una misma tesis casacional y en función, claro es, de la doctrina mantenida en la sentencia recurrida. Por ello han de ser conjuntamente analizados y, a tal efecto, es preciso constatar que de acuerdo con la interpretación integradora ordenada en el artículo 3,1 del Código civil, no es viable la aplicación simplista del artículo 1.844,3 del mismo Cuerpo legal, por la mera circunstancia de que no se haya demandado el pago del crédito afianzado por la entidad financiera acreedora ni la deudora principal esté formalmente declarada en quiebra, tales circunstancias han de tenerse en cuenta en supuestos como los previstos en las sentencias de 19 de noviembre de 1982; 4 y 11 de junio de 1984, es decir, en casos de fianza claras y terminantes de constitución de una garantía personal para el pago de un crédito de terceros y sin un interés propio mediato o inmediato en cuyo caso aparece perfectamente configurada esa accesoriedad respecto del negocio principal garantizado que es la esencia de este contrato de fianza, pero cuando como en el caso presente —como en otros muchos— como los enjuiciados en los recursos de casación concluidos por sentencias de 7 de julio y de 16 de septiembre de 1988—, se verifica en forma incontrovertible que ese contrato de fianza, viene en definitiva y en alguna medida a garantizar el pago de una deuda principal del que han de beneficiarse los propios fiadores, pierde ese carácter de accesoriedad «strictu sensu» con pérdida de muchos de los privilegios contenidos en la reglamentación específica de la fianza a favor de los garantes, para que por razones de equidad y en evitación de un eventual enriquecimiento injusto, pueda el que ha arrojado el riesgo de satisfacer la deuda en provecho de todos, deudor y cofiadores, pueda resarcirse en la cuantía proporcional correspondiente.

Accesoriedad del contrato de fianza: interpretación integradora y conforme a la realidad social.—Y no se diga que la deudora principal tiene una personalidad jurídica distinta de los socios con el fin de poner de relieve esa accesoriedad de la fianza común, pues es sabido que de hecho en la realidad del tráfico mercantil esa «comunicabilidad patrimonial» entre el ente mercantil y sus socios —pocos socios—, se perfila como una posibilidad tangible a través de las «membranas» sutiles de la contabilidad que permiten esas operaciones osmóticas por cuyo conocimiento y en prevención de posibles fraudes fiscales se reglamenta el rendimiento entre la sociedad y los socios por el «régimen de transparencia» (art. 12 de la Ley 44/78 de 8 de septiembre y art. 28 del Reglamento de 2 de noviembre de 1979; Decreto núm. 2.615/79), lo que arguye en pro y con base en el artículo 3,1 del Código civil ya invocado, en interpretar las leyes en su conjunto y con vista de la realidad social en que han de ser aplicadas. (STS de 2 de diciembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—El Banco V concede un préstamo a la empresa I la que avalan como fiadores solidarios sus cinco únicos accionistas. A hace efectivo el saldo deudor sin beneficio de excusión, orden ni división

y sin que hubiera mediado demanda judicial de Banco a la prestataria ni a los fiadores. Al tiempo de la realización del pago la empresa I no ha sido declarada en estado de quiebra. A ejercita frente a B acción de reintegro de la cuota parte proporcional de la fianza constituida. El Juzgado rechaza la demanda. Esta resulta estimada íntegramente en la apelación. El recurso de casación interpuesto por B no prosperó (R.G.S.).

16.—El arrendatario debe ser profesional de la agricultura.—Se ha producido una interpretación errónea del artículo 15 a) y aplicación indebida del artículo 76-1 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980, porque para ser profesional de la agricultura a la persona natural sólo se le exige que esté en plenitud de sus derechos civiles o emancipado o habilitado de edad, que se dedique o vaya a dedicarse de manera preferente a actividades de carácter agrario y se ocupe de manera efectiva y directa de la explotación. No se le exige, por lo tanto, una dedicación en exclusiva a las actividades de carácter agrario, sino de manera preferente, lo que ya significa posibilidad de compatibilidad con otras actividades, y simplemente con ocupación efectiva y directa de la explotación, que no niega radicalmente la sentencia en cuestión.

Consideración de cultivador personal del arrendatario.—Hay una interpretación errónea del artículo 16 y una inaplicación de la Disposición Transitoria Primera, regla 1.ª, párrafo segundo, de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980. El contrato de arrendamiento estaba vigente a la entrada en vigor de esta ley por lo que al arrendatario que sea cultivador personal en los términos que define el artículo 16 de la Ley, tendrá derecho a las prórrogas que la misma determina, hasta el límite de 21 años, contados desde la iniciación del contrato. La consideración de cultivador personal no puede quedar desvirtuada, en contra de lo apreciado por la Sala sentenciadora de instancia, por la sola circunstancia de que quien lleve en arrendamiento fincas rústicas se dedique también a la explotación de una pequeña gasolinera, toda vez que la dedicación a ésta no impide el invocado carácter legal de cultivador personal a que se contrae el artículo 16 de la referida Ley de Arrendamientos Rústicos, porque este precepto no lo configura como actividad estricta a cargo exclusivamente del arrendatario, sino que lo posibilita con la ayuda de familiares que con él convivan lo que tanto quiere decir que precisamente con esa ayuda familiar, nada impide el simultáneo desempeño de la explotación de las fincas arrendadas y de la expresada pequeña gasolinera, y en consecuencia el mantenimiento de la consideración de cultivador personal, que el número 2 del precitado artículo 16 considera, en todo caso, como profesional de la agricultura. (STS de 23 de junio de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—Se plantea una demanda para que se declare resuelto un contrato de arrendamiento rústico basándose en diversos motivos como el vencimiento del plazo por el que se concertó, en la pérdida por parte del arrendatario de la condición de profesional de la agricultura y en daños causados por la negligencia del arrendatario al no cultivar la finca por lo que le exigen a éste una indemnización económica. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda en su integridad.

Interpuesto recurso de apelación la Audiencia Territorial dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, declarando resuelto el contrato de arrendamiento rústico y desestimando la postulación referente a la indemnización por daños y perjuicios. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por el arrendatario y en consecuencia desestimó en su integridad la demanda formulada por las propietarias.

17.—Necesidad de acreditar haber satisfecho las rentas.—La cuestión que suscita el auto recurrido es si conforme al artículo 1.566 el recurrente, aparte de que pueda tener satisfechas las rentas vencidas o consignadas, el requisito fundamental para que se le puedan admitir los recursos de apelación y de casación, cuando procedan, es el acreditar o sea justificar que han pagado las rentas vencidas. El juzgador entiende que al interponer el recurso de apelación no se acreditó por la parte recurrente estar al corriente en el pago de las rentas, sin que tal omisión deba entenderse subsanada con la presentación posterior, después de vencido el plazo para recurrir, de una certificación expresiva de que se había consignado con anterioridad las rentas del año corriente; en efecto la sentencia de primera instancia lleva fecha de 13 de noviembre de 1985 y la consignación se hizo en 25 de junio de dicho año.

Exigencia de haber abonado las rentas.—Es doctrina de esta Sala la de que siendo el espíritu de este artículo 1.566 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y su razón la de que no se perjudique al propietario económicamente, retrasando el pago de rentas por tiempo que puede alargarse más allá de las previsiones razonables, hasta la terminación del proceso en el que cabe el recurso de apelación y en su caso también el de casación, natural es que se exija tal pago, viniendo la Ley a imponer su acreditamiento como expresión de haberlo llevado a efecto, realmente esto es sin subterfugios de clase alguna, pero sin en efecto, de cualquier forma consta al Juzgador que dicho abono de rentas ha tenido lugar parece un tanto excesivo el someterse a tan rigurosa interpretación literal, cuando no existe aquel abuso que es el que el artículo trata de evitar; en consecuencia admitido el recurso de apelación, es lo cierto que al tiempo de dictarse el auto recurrido ya constaba en el rollo de apelación la consignación de las rentas hechas por los recurrentes, por lo que en verdad no cabía ya hablar de aquel perjuicio económico para el arrendador, que es, como se dice, el que trata de evitar dicho artículo, por lo que la rigurosa interpretación literal que del artículo se hace por el Juzgador causa al recurrente un perjuicio procesal al impedir el acceso al recurso de apelación, lo que es contrario al artículo 24 de la Constitución que dispone que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. Como complemento de este artículo la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 11-3 establece que los Juzgados y Tribunales deberán resolver siempre las pretensiones que se les formulen y sólo desestimarlas por motivos formales cuando el derecho fuese insubsanable. (STS de 6 de junio de 1989, ha lugar.)

HECHOS.—Demanda sobre arrendamientos rústicos en la que se pide la resolución de un contrato de arrendamiento rústico por terminación del plazo contractual y el consiguiente desahucio de los arrendatarios. El Juzgado de Primera Instancia admitió la demanda. Interpuesto

recurso de apelación, la apelada pidió que no se admitiera el recurso por no haber acreditado la parte apelante estar al corriente del pago de las rentas que había de satisfacer por adelantado, ni había satisfecho las vencidas durante la tramitación del recurso. La Audiencia Territorial declaró mal admitido el recurso. Interpuesto recurso de casación contra el auto dictado por la Audiencia Territorial, el Tribunal Supremo estimó el recurso de casación contra el citado auto, anulando el mismo y reponiendo las actuaciones al estado anterior a dicho auto.

18.—Resolución arrendaticia por subarrendo o traspaso: presunciones.—Se produce la presunción de subarrendo inconstituido o de traspaso realizado de modo distinto al autorizado cuando se da la introducción de una tercera persona en la relación arrendaticia, pues la nueva titular del negocio no intervino para nada en el contrato de arrendamiento, ni parece probado una supuesta cotitularidad derivada del mencionado contrato.

Imposición de costas a la parte demandante.—En relación con los demandados, cuya oposición se limitó exclusivamente a excepcionar su legitimación las pretensiones aducidas en su contra fueron totalmente rechazadas, tanto en la primera como en la segunda instancia, y en consecuencia, las costas ocasionadas a estos demandados deberían correr a cargo de la parte demandante. (STS de 17 de junio de 1988, estimatorio en parte.)

HECHOS.—La parte demandante había realizado un contrato de arrendamiento con la titular del negocio instalado en su local. Posteriormente, la arrendataria pasa a ser empleada del mencionado negocio, ocultándole a la arrendadora el cambio de la titularidad con el fin de no realizar un nuevo contrato de arrendamiento entre la propietaria del local y la actual titular del negocio. Por esta causa se plantea demanda para resolver el contrato de arrendamiento del local, en primera instancia se desestima, pero en la Audiencia se acuerda la resolución del contrato.

19.—Aplicación de los preceptos de la LAR. Valor en venta de las fincas.—Para excluir la aplicación de las normas de la vigente LAR, con base en la circunstancia 3.^a, del apartado 1 de su artículo 7, se habría precisado la acreditación de que, por cualquier circunstancia, ajena al destino agrario, se aprecie un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a las de su misma calidad y cultivo, lo que en manera alguna se reconoce en los informes periciales en que se basa el Tribunal «a quo» para llevar a la solución desestimatoria de la demanda; al contrario, en el informe emitido para mejor proveer se expresa que en conjunto la casería afectada por el vínculo arrendaticio es de explotación análoga a las de la zona y su valor total no excede del duplo de su valor agrícola. Las circunstancias que pudieran determinar un mayor atractivo de las fincas comprendidas en el arrendamiento objeto de la controversia, son comunes a toda la zona central de la provincia de Oviedo y no privativa de la casería que nos ocupa. El artículo 7.1, 3.º LAR requiere —para excluir las normas de la misma LAR— en el ámbito comparativo, una diferencia valorativa conforme a fincas correspondientes a la misma comarca o zona. A lo anterior no obsta la alegación de que dos de las fincas comprendidas en el

caserío pudan tener, aisladamente consideradas por sus especiales características, un valor en venta superior a las restantes, ya que en un vínculo arrendaticio que comprende varias fincas lo a tener en cuenta no es la contemplación de alguna de las fincas de las varias que configuren en unidad un caserío dado en arrendamiento, sino la unidad configurada por todos los que lo integren.

Arrendamientos anteriores al Código civil. Apreciación de los hechos por el Tribunal Supremo.—Como tiene declarado esta Sala en la sentencia de 15 de julio de 1983, el Tribunal Supremo está facultado para el examen de los autos objeto del juicio, a fines de integrar adecuadamente el «factum» no explicitado con claridad por el juzgador de instancia en la sentencia objeto de recurso, y en tal sentido examinados dichos autos se aprecia que el vínculo arrendaticio data de tiempo del que no se da memoria de la fecha de su inicio procedente de padres y abuelos de la demandante, con manifestación de nacimiento de su madre en la casa integrada en dicho caserío en el año 1891, próximo en el ámbito temporal a la publicación del Código civil, con la consiguiente lógica presunción de que sus abuelos ya llevaban las cuestionadas fincas en el alegado concepto arrendaticio con anterioridad a la expresada publicación del mencionado Cuerpo legal.

Cultivador personal. Profesional de la agricultura.—La consideración de cultivador personal no se desvirtúa por la edad del arrendatario, ni situación de pensionista, porque, de una parte, a tal fin, según ya tiene declarado esta Sala en la reciente sentencia de 28 de enero de 1988, el carácter de cultivador personal, con proyección de profesional de la agricultura, surge de tratarse de una persona natural en la plenitud de sus derechos civiles, en dedicación con carácter preferente a actividades agrarias, con ocupación de maner efectiva y directa a la explotación, con la ayuda de hijos y nietos con ella convivientes, que posibilita el artículo 16.1 LAR, y que, según el párrafo segundo del mismo precepto, confiere la consideración de profesional de la agricultura. (STS de 3 de junio de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—La demandante solicita el acceso a la propiedad de unas fincas rústicas por arrendamiento anterior al Código civil, trayendo causa de sus antepasados, y, subsidiariamente por ser dichos arrendamientos anteriores al 15 de marzo de 1935. La demanda es desestimada por el Juez de Primera Instancia, lo que confirma la Audiencia Territorial de Oviedo. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación.

20.—Daños causados por el arrendatario. Carga de la prueba. Relación entre el Código civil y la Ley de Arrendamientos Urbanos.—El tema a resolver según los términos en los que el primer motivo del recurso se plantea, acusando por la vía del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción del artículo 111 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que, en tesis de los recurrentes, debió ser aplicado por la sentencia impugnada, lo constituye el de si la normativa contenida en dicho precepto excluye la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.563 del Código civil, en orden a la prueba por el arrendador de que los daños sufridos en el edificio arrendado cuya indemnización se reclama, fueron dolosa o negligentemente producidos por el inquilino, y en este sentido lo primero que es de poner de relieve es que, como ya hubo de sentar la sentencia de esta Sala de 6 de diciembre de 1963 «la Ley Especial de

Arrendamientos Urbanos, dado su carácter específico, no recoge ni prevé todas las cuestiones que puedan derivarse de la relación arrendaticia, y en tales casos ha de recurrirse al Código Civil, pues dado su índole general se establece entre ambas mutuo y recíproco entendimiento», y así lo disponía de manera expresa el artículo 16 del Código sustantivo, hoy el número 3, del artículo 4 en la relación que le fue dada a su Título Preliminar por la Ley 3/1973, de 17 de marzo y Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, en cuanto regulaba el primero y lo hace el segundo, con virtualmente análogo contenido, que las disposiciones del Código se aplicaran como supletorias en las materias regidas por otras leyes, razón por la que posteriores sentencias de esta propia Sala, cual las de 9 de febrero de 1974, 24 de septiembre de 1983 y 18 de mayo de 1984, citadas en la resolución impugnada, y la más reciente de 6 de mayo de 1985, han sancionado la procedencia de la aplicación del artículo 1.563 del Código civil en cuanto atribuye —como expresó la sentencia ultimamente relacionada— la responsabilidad del deterioro o pérdida de la cosa arrendada al arrendatario en su condición de tal y, además, la que como deudor de la prestación le impone el artículo 1.183 del Código civil, salvo prueba en contrario, con exclusión del caso fortuito, y sin que ante la especialidad de esos preceptos pueda recurrirse al principio de distribución de «onus probandi», ya que la carga de la prueba viene impuesta por la normativa legal específica a una de las partes en el proceso, como consecuencia de una desgraciada incidencia, un incendio al igual que en el caso contemplado por la sentencia ultimamente citada.

«Ratio» del artículo 1.563 del Código civil.—Aseveración carente de fundamento habida cuenta de que el precepto —art. 1.563 del Código civil— que la resolución impugnada aplica contiene una declaración de responsabilidad que no deriva de una presunción de culpa, y sí de aquella otra significada por la circunstancia de que por hallarse el arrendatario en posesión de la cosa la más fácil demostración de que el evento dañoso se produjo por causas a él no imputables le corresponde, sin que ello signifique cuando así no acontece un ataque al principio constitucional de presunción de inocencia. (STS de 12 de diciembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—Acuden los actores al Juzgado para reclamar a los arrendatarios de una vivienda de su propiedad las rentas que les adeudan junto con una indemnización por los daños y perjuicios causados a ésta y a su mobiliario. El Juzgado estima en parte la reclamación condenando a los demandados al pago de las rentas debidas. Apelan los propietarios, confirmando la Audiencia en parte la sentencia de instancia y condenado además a los arrendatarios al pago de la indemnización antes negada. Recurren éstos al Supremo alegando la vulneración de los artículos 111 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y 24,2 de la Constitución (R.G.S.).

21.—Póliza de seguro de vehículos de motor. Interpretación de las condiciones.—Cualquier duda que pueda ofrecer la coordinación de las condiciones particulares con las generales y su coherencia interna no debe favorecer a la recurrente, pues sería imputable a deficiencias de redacción sólo a ella misma atribuibles por tratarse de un contrato de los denominados de adhesión.

Interpretación del contrato.—Es función que compete a la Sala de instancia, cuyas conclusiones deben ser respetadas en casación, a no ser que puedan ser calificadas de absurdas o ilógicas. (STS de 22 de febrero de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—La fundamentación del recurso gira sobre la determinación de cuáles sean las condiciones particulares de una póliza de seguro de vehículos de motor, a cuyo respecto sostiene la compañía aseguradora que las mismas son las figuradas en el documento obrante en el folio 98 de los autos de primera instancia, mientras que la sentencia impugnada, confirmatoria de la dictada por el Juzgado, estima que las condiciones particulares de la póliza reseñada son las incorporadas al documento que aparece en el folio 99. La diferencia esencial entre unas y otras, en lo que hace a este proceso, radica en la inclusión o no de los familiares del propietario del vehículo, dado que se trata de indemnizar las lesiones sufridas por un hijo de aquél a consecuencia de un accidente de circulación (A.C.S.).

22.—Valoración del interés asegurado en los contratos de seguros contra daños.—De los tres valores que se refieren al interés asegurado —inicial, final y residual—, el realmente importante en un seguro de daños, indemnización o rescabimiento, es el segundo o valor inmediatamente anterior al siniestro (ver art. 26 de la Ley de Contrato de Seguro), cosa que nada tiene que ver con la suma asegurada o límite máximo de la prestación del asegurador (ver art. 27 de la Ley de Contrato de Seguro), y de ahí, que al tratarse de un problema de justicia intrínseca, la Audiencia aplique el valor real sobre lo pactado y respeto de una nave estime el sobreseguro, con obligación de indemnizar la totalidad del daño producido, y en cuanto a la otra el infraseguro o seguro parcial, aplicando a este caso la regla proporcional, pero con referencia a ese valor final (ver art. 30 de la Ley de Contrato de Seguro).

Interpretación de los contratos de seguros.—Se trata de proteger al asegurado como parte más débil, declarando la validez de las cláusulas que le sean más beneficiosas y si la cláusula es oscura, nunca puede ser lesiva para el asegurado, que se somete a un contrato con formulario-tipo o de adhesión; sólo se concede prevalencia de las cláusulas particulares sobre las generales si resultan más beneficiosas para el asegurado.

Principio de congruencia.—La base de hecho y el suplico y no la fundamentación jurídica es lo que determina la congruencia de la resolución judicial. El principio de congruencia lo único que impone es una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos en que las fundamentan, pero ni condena el «da mihi factum, dabo tibi ius», ni puede prescindir del «iura novit curia».

Coincidencias y diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.—El principio «alterum non laedere» es aplicable incluso cuando media una relación jurídica preexistente entre las partes, de la naturaleza jurídica que sea, si bien la responsabilidad contractual y extracontractual tienen su punto de arranque en la existencia o no de una relación negocial, con puntos de coincidencia comunes como son la producción de un daño o lesión, atribuibilidad del mis-

mo a un sujeto —imputabilidad— y deber de indemnizar o resarcir, tienen sus diferencias en que mientras la contractual nace como consecuencia lógico-jurídica del incumplimiento o infracción de los términos de un negocio; la extracontractual tiene su origen en un ilícito civil productor del daño, al margen o además de todo incumplimiento o infracción, todo lo cual determina que en ambas clases de culpa su finalidad sea reparadora, sin perjuicio de las específicas que puedan derivar del incumplimiento del contrato. (STS de 3 de febrero de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—La parte demandante, propietario de dos naves industriales contiguas, arrendó dichos locales a los demandados, los cuales suscribieron con una Compañía de seguros unas pólizas de seguro contra incendios. Años después, las dos naves ardieron, y debido a esta circunstancia los arrendatarios ya no siguieron pagando la renta fijada en el contrato de arrendamiento. El arrendador demandó a los arrendatarios para que le abonaran, no sólo los alquileres vencidos y no satisfechos, sino también los daños causados en las naves por causa del incendio; así como a la Compañía de seguros como responsable solidaria con sus asegurados hasta el límite garantizado en las pólizas. En ambas instancias, lo solicitado en la demanda fue estimado en parte.

23.—Responsabilidades por daños ambientales. Competencia de la jurisdicción civil.—Cuanto se recoge en las disposiciones administrativas se refiere a estados generales de perturbación del medio ambiente con graves situaciones para la población situada en determinadas zonas que por su generalidad están contemplando intereses públicos, lo que no puede equipararse a la lesión patrimonial por inmisiones dañosas en propiedades determinadas, cuyos titulares demandan el pertinente resarcimiento y el consiguiente remedio a la actividad ocasionadora del menoscabo, cuestiones éstas que son de la exclusiva competencia de los Tribunales del orden civil.

Observancia de las normas administrativas.—No coloca al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o interesados en orden a sus derechos subjetivos lesionados.

Relación de causalidad.—Es reiterada la doctrina de esta Sala que el tema de la relación de causalidad es de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora.

Prescripción de la acción.—La sucesión de actos provocan en su perjudicial progresión un resultado lesivo de actividad más acusada que la simple suma de los repetidos agravios, por lo que no puede decirse, mientras no desaparezca la causa determinante de dicho resultado antijurídico, que empieza a correr el plazo del año para la prescripción, al no resultar alterada tal situación, así contemplada en la sentencia, no puede decirse que hayan sido infringidos los artículos 1.968-2.º, 1.969 y 1.973 en relación con el 1.902 y 1.908 del Código civil. (STS de 16 de enero de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—Los propietarios de una finca y su hijo demandaron a una empresa siderúrgica por los daños patrimoniales y personales sufridos a consecuencia de las inmisiones de humos procedentes de un horno.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y condenó a la empresa contaminante a indemnizar a los demandantes y a llevar a cabo las medidas necesarias para que dejen de producirse los daños y perjuicios señalados. La Audiencia Territorial estimó en parte el recurso de apelación. No prospere el recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia es concorde con una reiterada doctrina jurisprudencial, que arranca fundamentalmente de la importante sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1980, y que mantienen las sentencias de 17 de marzo de 1981 y 3 de diciembre de 1987 (comentada por Alonso Pérez en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 15, pp. 5255-5269).

En esta sentencia, como en las citadas, se contemplan daños «ya causados» por inmisiones, aplicándose los artículos 590, 1.902 y 1.908 del Código civil. Como señala Roca Juan (*Sobre el deber general de respeto a la persona*, ADC, 1986, p. 780), nuestra jurisprudencia civil deja en pie el tema de la adopción de medidas que eviten la de otro modo inevitable producción (y no «reproducción») de los efectos dañosos, y también cuando la amenaza del daño se proyecte, no a un concreto derecho subjetivo (como es el de propiedad), sino a una situación jurídica de la persona, a sus intereses legítimos.

Es significativo que la sentencia considere de interés la cuestión planteada en el recurso de casación del *peligro latente* para las vidas humanas por el riesgo notorio de producir la contaminación graves dolencias a las personas, que según los recurrentes constituye un perjuicio, al menos moral, que debió haber sido considerado y valorado. Se trata, sin embargo, de una cuestión nueva, que no se plantea en el momento procesal oportuno.

No se ha planteado todavía ante nuestro Tribunal Supremo el importante problema de la legitimación para obtener la tutela preventiva y privada del interés difuso o colectivo a gozar de un ambiente sano y adecuado para el desarrollo de la persona, tal como ha sucedido en Italia (STC de 9 de marzo y 6 de octubre de 1979). El artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial admite la legitimación procesal de los grupos afectados (Gómez de Liaño, *La legitimación colectiva y el art. 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, en Justicia, 1986, pp. 554 y ss.).

Aunque el problema no se plantea específicamente en la sentencia, es importante subrayar que nuestra jurisprudencia propende a la objetivación de la responsabilidad por daños ambientales, siendo especialmente clara al respecto la mencionada sentencia de 12 de diciembre de 1980. Este criterio tiene un sólido apoyo en el artículo 1.908-2.º del Código civil.

También se alude en la sentencia a la cuestión de la relación de causalidad, muy problemática en esta materia, ya que en numerosas ocasiones la contaminación no procede de un único agente (se habla de la contaminación por sinergia). Esto explica que en la mayor parte de las sentencias sobre responsabilidad por daños ambientales se plantee

el problema de la relación de causalidad (véanse las sentencias de 19 de junio de 1980 y 14 de junio de 1982).

Sobre toda esta problemática pueden consultarse los citados estudios de Roca Juan y Alonso Pérez y mi trabajo *La responsabilidad civil por daños a personas o cosas a consecuencia de la alteración del medio ambiente y su aseguramiento*, en «Revista Española de Seguros», 1988, núm. 55, pp. 7-62 (A.C.S.).

24.—Determinación del importe del lucro cesante en el trámite de ejecución de sentencia.—Viene siendo doctrina muy reiterada y de larga tradición en nuestro sistema procesal, aquella que entiende que no es incongruente, ni infringe el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la sentencia que, condenando a indemnizar o entregar frutos o rentas deja para ejecución de la sentencia la determinación de la cuantía, fije o no las bases para la liquidación (sentencias de 28 de enero de 1919, 24 de mayo de 1924, 1 de marzo de 1926 y 26 de febrero de 1942), al paso que si la actora solicitó la condena, relegando su cuantificación al trámite de ejecución de sentencia, no puede el Tribunal practicarla por sí, sustituyendo la actividad de las partes (sentencia de 21 de diciembre de 1921).

Doctrinas en torno a la relación de causalidad.—La doctrina jurídica en torno a la problemática que plantea la relación de causalidad ha sido estudiada en profundidad por la doctrina y jurisprudencia, tanto en el orden penal en los delitos de imprudencia, como en el orden civil por los daños ocasionados por culpa extracontractual, habiéndose manifestado a través del tiempo dos doctrinas imperantes y sucesivas: la primera, aquella que vio la solución de todos los problemas que planteaba en la llamada equivalencia de las condiciones, entendida en el sentido de que se reputa como causa toda condición que hubiere contribuido a la producción del resultado, entendido condicionalmente en el aforismo *conditio sine qua non*, es decir, que el resultado no se hubiera producido si la condición no se hubiera dado; y la segunda, la conocida por la de la causalidad adecuada, que exige la determinación de si la conducta del autor del acto es apropiada para la producción de un resultado de una clase dada y determinada y, tan sólo en el caso de que la contestación fuere afirmativa, cabría apreciar la existencia del nexo causal para la exigencia de la responsabilidad, doctrina esta que, en los últimos años, impera tanto en el orden jurisprudencial penal como en el civil. Esta doctrina es perfectamente viable y aplicable a los supuestos de coexistencia de conductas contributivas en la relación de causalidad, demandando tan sólo para su solución la determinación de la contribución de cada conducta en la relación causal determinante del resultado. (STS de 25 de noviembre de 1988, no ha lugar.)

HECHOS.—El recurrido en casación reclamó ante el Juzgado de Primera Instancia los daños y perjuicios derivados de una grave inundación afectante a sus locales comerciales. En la demanda quedaba establecido que el siniestro se debió a la rotura de una cañería de abastecimiento de agua que no cumplía las reglas de seguridad técnicamente exigidas y, como concausa, a que el agujero abierto en la pared del sótano de los locales para entrada de la acometida eléctrica no estaba adecuadamente cerrado y estanco. Solicitaba en concepto de daños y

perjuicios una determinada cantidad a la que debía unirse en concepto de lucro cesante la que se determinase en el trámite de ejecución de sentencia. El Juzgado estima en parte la demanda condenando a Fuerzas Eléctricas del Noroeste, S. A., al pago de la indemnización. Recurre dicha entidad y la Audiencia entiende que la responsabilidad de los daños corresponde a Aguas del Norte de La Coruña, S. A., y a la mencionada empresa eléctrica en la proporción que la sentencia fija. Recurre en casación Aguas de La Coruña, S. A. El Tribunal Supremo declara no haber lugar (R. G. S.).

25.—Causa predominante.—Ya la sentencia de 13 de marzo de 1953 postuló la tesis de que en caso de concurrencia de conductas era obligado discernir la causa predominante, con el fin de declarar la responsabilidad total o compartida que pudiera haberse irrogado.

Incidencia en el nexa causal de la conducta del perjudicado.—La conducta del perjudicado cobra una importancia destacada cuando incida en el nexa causal, pues al compensar las conductas, valorando su incidencia en el nexa causal, se deduce la disminución en el quantum de la indemnización. No se trata tanto de compensar culpa con culpa —pues ello conduciría a criterios subjetivos—, sino de compensar conductas teniendo en cuenta criterios objetivos y abstractos como los movimientos reflejos, incontrolados o irreflexivos que incidan en la relación causal.

Moderación de la responsabilidad.—Como ya señaló la sentencia de 14 de octubre de 1957, siguiendo precedente de anteriores, cuando concurren la culpa del agente y la del perjudicado los Tribunales deben moderar la responsabilidad del primero y reducir, en proporción, su deber de indemnización, repartiendo el daño con el perjudicado. (STS de 1 de febrero de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—El 29 de septiembre de 1979 el niño de 8 años F.G.M. fue atropellado por C.B.H., encontrándose el menor en el margen derecho de la calzada, y habiéndose producido el atropello tras cruzarse el vehículo conducido por C.B.H. con un tractor que circulaba en dirección contraria. Como consecuencia del accidente el menor sufrió diversas lesiones físicas y cerebrales, éstas últimas irreversibles. El padre del menor reclama al conductor y propietario del vehículo la suma de 8.086.655 ptas., por los daños causados. En primera instancia se desestima la demanda, y en apelación se revoca parcialmente la sentencia, condenando al demandado al pago de 2.000.000 de ptas. El demandante recurre en casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

26.—Culpa extracontractual: muerte por electrocución: culpa exclusiva de la víctima.—La evolución experimentada por el principio subjetivista en la esfera de la culpa extracontractual hacia pautas propias de la responsabilidad objetiva, no permite en modo alguno la exclusión del básico principio de la responsabilidad por culpa, cuya exigencia precisa de un acto dañoso antijurídico, imputable a culpa o negligencia del agente, partiendo siempre del postulado de que la culpa de la víctima exceda a la del agente cuando es el único fundamento del resultado;

en el presente caso la muerte del operario por electrocución fue debida al fallo humano de la propia víctima, por no haber cortado previamente el paso de la corriente, elemental medida de cuidado y prevención, por lo cual los demandados deben quedar exonerados de la responsabilidad aquiliana exigida en la demanda.

Prueba: valor del informe pericial.—Según doctrina de esta Sala, aparte de que el informe pericial no cabe catalogarlo como documento, no es válido a los fines de evidenciar el error de hecho en la apreciación de la prueba, puesto que queda su valoración al libre criterio del juzgador sin más sujeción que a las reglas de la sana crítica. (STS de 31 de enero de 1989, no ha lugar.)

NOTA.—En la misma línea jurisprudencial véase la sentencia de 16 de diciembre de 1988 y su anotación en este mismo ADC (G.G.C.).

27.—Responsabilidad civil por accidente aéreo: acción ejercitada por herederos de los pasajeros contra herederos del piloto, mecánico mantenedor y propietario de la aeronave: legislación aplicable.—La Ley de Navegación Aérea dedica el capítulo XIII a regular la responsabilidad en caso de accidente, contemplando tanto la que se ocasiona en el transporte aéreo, como la contraída en la superficie terrestre por acción de la aeronave, no cabiendo duda de su aplicación al caso litigioso, conviniendo al Real Aero Club el concepto de operador que atrae la responsabilidad, entendiéndose por tal quien usa la nave cuando se causan daños, y quien, habiendo conferido directa o indirectamente el derecho a usarla, se ha reservado el control de la navegación, presumiéndose operador y responsable como tal al propietario inscrito en el Registro de Aeronaves, y ello pese a la absoluta indeterminación de las relaciones del mismo con los ocupantes de la avioneta, habiéndose constatado sólo que se efectuaba un vuelo ocasional desde el aeropuerto de Asturias al de Palma de Mallorca, a petición y probablemente en alquiler.

Coexistencia de la responsabilidad objetiva con la culpabilística.—Debe afirmarse la coexistencia de la responsabilidad objetiva, sujeta al plazo de prescripción de seis meses, con la responsabilidad por culpa, al amparo del artículo 5, párrafo 2 de la Ley y de la jurisprudencia de esta Sala; así la sentencia de 3 de mayo de 1968 —aunque en un caso disímil del presente—, y la del 17 de julio de 1987 en un caso muy similar al presente; en consecuencia, si se prueba la existencia de culpa en el operador será exigible, conforme a las normas comunes la responsabilidad que proceda, debiendo observarse que la limitación de la responsabilidad objetiva procede de su automatismo, y se compadece con su singular plazo de prescripción y con la obligación de asegurarla.

Negligencia del Real Aero Club.—El accidente se produjo por una avería en los depósitos de carburante, lo que no hubiera ocurrido de hallarse el aparato, al iniciar el vuelo, en las debidas condiciones de aptitud para efectuarlo, lo cual denota que se negligió el mantenimiento, constante y eficaz, que le es exigible al operador que autoriza el vuelo, por cualquier título; debiendo advertirse que la simple existencia del certificado de aeronavegabilidad no es bastante para eliminarla.

Ausencia de culpa en el piloto.—El piloto debe cerciorarse, antes de la salida, de las condiciones técnicas de aeronavegabilidad y con ese designio inspeccionar

el aparato, comprobando el funcionamiento de los instrumentos a bordo, y debe obtener los datos concernientes al plan de vuelo, y está facultado para emprenderlo o suspenderlo; en el caso consta que los depósitos de carburante estaban llenos en el momento del despegue y el accidente sobrevino dentro del tiempo de autonomía previsto; por todo ello debe excluirse la responsabilidad del piloto que actuó como Comandante de la aeronave.

Seguro obligatorio: póliza en suspenso por falta de pago de las primas.—Con anterioridad a la vigencia de la Ley del Seguro se aplicaba el artículo 385 del Código de comercio conforme al cual el contrato se regía por los pactos lícitos contenidos en cada póliza o documento, y así ocurrió que expirado el plazo de validez, por falta de pago de la prima, y el subsiguiente plazo de gracia de 30 días naturales, se produjo respecto de esta póliza el efecto previsto en el artículo 16 de las condiciones generales de quedar en suspenso la garantía del seguro, que ya no ha recobrado sus efectos por cuanto no se hizo efectiva dicha prima, ni antes ni después del siniestro. (STS de 10 de junio de 1988, ha lugar.)

NOTA.—Cuidada sentencia de la que ha sido ponente Serena Velloso, notable por la detallada y rigurosa argumentación encaminada a la estimación del recurso, al menos en parte, interpuesto por las víctimas de un luctuoso accidente aéreo, en el que aleteaba la sombra de la prescripción semestral y la falta de un seguro válido. Dice Lacruz, *Elementos*, II-1.º, 2.ª ed., Barcelona, 1985, p. 603, que «el régimen de la responsabilidad por accidente aéreo es más beneficioso para el empresario que el régimen normal de la responsabilidad extracontractual y mucho más que el de la contractual», razón por la cual la sentencia se ha esforzado por atraer los hechos al campo de acción del 1.902. Sorprende no poco que puedan volar avionetas particulares sin estar cubiertas sus posibles responsabilidades por una adecuada póliza de seguros (G.G.C.).

28.—Culpa extracontractual: muerte por electrocución de niño en poste de alta tensión: culpa exclusiva de la víctima: doctrina general.—Es de tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante del resultado dañoso, indudable resulta por aplicación de los principios de la justicia distributiva, conmutativa y social, así como el de la seguridad jurídica, que no existiendo en nuestro derecho positivo la figura de la denominada *responsabilidad objetiva en su estricto y exacto significado* de responsabilidad civil talional, y menos aún en el Código civil, cuando quedó probado, no sólo que la entidad demandada ha cumplido, hasta la saciedad, las exigencias reglamentarias, sino que además, el resultado se ha producido exclusivamente por la actividad de la víctima, aunque la conducta de la misma en este caso no deba ser calificada de negligente y sí de natural dada su edad de 11 años, ello, a la vez que refuerza la ausencia de culpa en la demandada, acreditada la concurrencia de unas circunstancias excepcionales en orden a la producción del resultado lesivo, representadas en este caso por causas impensadas y por ello fuera de los límites de la «debida y adecuada conducta del buen padre de familia», o incluso del «sentido común», inherentes y características de la conducta y reacciones de los menores, razones que impiden acceder a la reclamación de

los padres del menor fallecido, ya que ello equivaldría a la aplicación rígida y estricta de la responsabilidad objetiva, en una medida que ni siquiera en la normativa de los accidentes derivados de vehículos de motor e incluso nucleares es admitido. (STS de 16 de diciembre de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—Con esta, y otras sentencias del mismo tenor, parece que el Tribunal Supremo desea fijar con claridad los límites dentro de los cuales encuentra aplicación la abundante doctrina jurisprudencial elaborada sobre el artículo 1.902, y que cabe sintetizar así: 1) La responsabilidad objetiva en sentido estricto no encuentra aplicación en nuestro derecho positivo, no pudiendo calificarse de tal ni la responsabilidad por accidentes de circulación ni por daños nucleares; 2) El resultado dañoso producido exclusivamente por la actividad de la víctima no origina responsabilidad para otra persona, por aplicación de los principios de la justicia conmutativa, distributiva y social, así como el de la seguridad jurídica, si bien tal exención de responsabilidad tendrá carácter excepcional. Se trata, a lo que entiendo, de límites infranqueables o de un mínimo umbral que no puede franquearse sin subvertir nuestro sistema de culpa extracontractual. Otros argumentos resultan menos convincentes (tal el de que la entidad demandada ha cumplido, hasta la saciedad, las exigencias reglamentarias), o la precisión de no poderse calificar de «culposa» la conducta de la víctima de 11 años de edad (aclaración terminológica, obvia por lo demás). Sentencia clarificadora cuyo ponente (Martín-Granizo) es autor de excelentes estudios doctrinales sobre el tema (G.G.C.).

29.—Culpa extracontractual: atropello de ciclomotor por turismo: concurrencia de culpas: mayor responsabilidad del conductor del turismo.—Es de estimarse una cierta concurrencia de culpa de la víctima en la producción del accidente, originada por no haber extremado las precauciones en orden a asegurarse de que podía efectuar sin riesgo la maniobra de adelantamiento, lo cual no significa exención de responsabilidad para el conductor del turismo, toda vez que el acontecer de la colisión se debió mayormente a la maniobra de su propio adelantamiento, efectuada con poco cuidado y sin la diligencia suficiente para eludirla, es decir, su falta de diligencia es de superior entidad cualitativa que la apreciada en la víctima. Hasta el punto de que es aquel conductor a quien debe atribuirse la producción del daño.

Ciclomotor que circula sin espejo retrovisor: prueba por indicios.—La sentencia recurrida omite un dato relevante contenido en el atestado de la Guardia civil de Tráfico sobre la apreciación en que pudo producirse el accidente, relativo a la inexistencia de espejo retrovisor en el ciclomotor, sobre la base de que no fue hallado y de que su soporte de metal estaba roto y con existencia de óxido en el centro de la rotura, deduciendo de ello que hubiera resultado roto en alguna caída anterior y no hubiera sido repuesto; por lo cual la Audiencia ha incurrido en error en su función valorativa de prueba pues dicho dato negativo denotaba un quehacer exento de la necesaria diligencia y que obligaba al conductor del ciclomotor a extremar cualquier maniobra de giro hacia la izquierda que proyectase, al no disponer de receptor visual respecto de los vehículos que le siguiesen en el sentido de su marcha, por lo que la ejecución de maniobra de esa naturaleza

requerida, además de la señalización manual, una comprobación visual de que podía hacerse sin peligro, más dificultosa ante la ausencia de retrovisor.

Sentencia en juicio de faltas: eficacia civil.—Es doctrina reiterada que las sentencias, resoluciones, diligencias y testimonios procedentes de la jurisdicción penal, no pueden enervar, prejuzgando, la estimación probatoria que en lo civil compete al Juez, guiada por motivaciones distintas y por una propia apreciación de las pruebas practicadas en el juicio civil, incluidos los documentos del orden penal traídos al amparo del artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que pueden ser valorados de modo distinto a lo hecho en la jurisdicción penal.

Reducción de indemnización a los herederos de la víctima.—La meritada concurrencia de culpa —no compensación— por parte de la víctima del accidente, conlleva necesariamente una reducción en la cuantía del daño indemnizable, que, ponderando la entidad cualitativa de la indicada culpabilidad, deberá establecerse en el 25 % de la fijada por la sentencia recurrida. (STS de 30 de junio de 1988, ha lugar.)

NOTA.—Parece excesiva la deducción que hace esta sentencia sobre la base de un hecho consignado en el atestado de la Guardia Civil de Tráfico, consistente en que el ciclomotor de la víctima no tenía espejo retrovisor. Ciertamente tales informes periciales suelen ser emitidos con competencia, cuidado y precisión, por lo que resultan de gran utilidad para los Jueces en materia penal. Otra cosa es el proceso civil en el que suelen intervenir otros medios de prueba que completan o —desvirtúan— aquellos informes. No parece que en este caso se aportara prueba exhaustiva sobre el modo de originarse la colisión, deduciéndose únicamente que el turismo al adelantar a un vehículo se enfrentó al ciclomotor que también había iniciado un adelantamiento por su izquierda. No tener espejo retrovisor sólo permite argüir sobre la mayor dificultad para maniobrar, pero no que lo hiciera con negligencia. La misma sentencia no se expresa de modo categórico (habla de «una cierta concurrencia de culpa»). La indemnización para la viuda y siete hijos se reduce de nueve millones a 6.750.000 ptas. (G.G.C.).

30.—Culpa extracontractual: responsabilidad por muerte en el postoperatorio: negligencia del anestesista y del centro sanitario.—Con base en el artículo 1.902 se señala la culpabilidad por negligencia del anestesista, como encargado de la reanimación, por el rápido traslado del operado, dadas sus características, así como del centro sanitario que, en el carro de asistencia, no contaba con los tubos para el oxígeno del calibre adecuado.

Relación de causalidad: insuficiente aportación del oxígeno en situación de parada respiratoria: paciente bronquítico.—No puede razonablemente sostenerse la indiferencia del hecho de que, ante la parada respiratoria, es fundamental la aplicación masiva de oxígeno, mientras que el paciente sólo recibió el 21 % de la cantidad adecuada, tratándose de persona de 60 años, bronquítico, fumador y bebedor importante, todo lo cual no puede resultar carente de influencia en el nexo causal, medido con criterios razonables según doctrina de esta Sala; la no aplicación de oxígeno crea un riesgo añadido al de la situación inicial de per-

sona intervenida quirúrgicamente de abdomen agudo, por úlcera duodenal perforada, lo cual era conocido por el profesional encargado de la reanimación, y al no ser subsanado, viene a constatar su falta de previsión y la del centro asistencial en donde se produjo el accidente.

Artículo 1.903: responsabilidad del INSALUD.—Es de apreciar la responsabilidad del INSALUD como organismo público, cuya función se lleva a cabo en centros sanitarios que están bajo su dependencia o inspección.

Solidaridad.—La responsabilidad determinada por el artículo 1.902 es solidaria entre los causantes directos, cuando no se puede establecer, como en este caso, una distinta intensidad en la producción del desenlace y, a su vez, solidaria con quienes sean estimados responsables por aplicación del artículo 1.903. (STS de 7 de junio de 1988, ha lugar.)

NOTA.—Contiene esta sentencia una cuidadosa delimitación de responsabilidades subsiguientes a la muerte de una persona quirúrgicamente intervenida. De la prueba realizada deduce que no existen responsabilidades en los facultativos que efectuaron ésta, sino que cuando el paciente, después de cinco minutos de recuperación en el quirófano, fue trasladado por dos celadores a su habitación, se advirtió en el trayecto cianosis, por lo cual fue enviado a la UVI en estado de coma y allí falleció a los 20 días. Parece que fueron concausas concurrentes: el traslado demasiado rápido del paciente a su habitación y la circunstancia de carecer el carro de transporte de tubos de oxígeno con el calibre adecuado para un suministro masivo, sin que pueda precisarse la incidencia determinante de uno y otro hecho en la muerte por descerebración del paciente. Se invoca la causalidad razonable para imputar la responsabilidad por negligencia profesional al anestesista y a la Residencia Sanitaria. Ninguna duda de la responsabilidad del INSALUD con base en el 1.903. Tampoco en la solidaridad entre todos los responsables, única forma de asegurar la efectividad de la indemnización, fijada en seis millones de pesetas, en favor de la esposa y tres hijos. En primera y segunda instancia se había desestimado la demanda. La habitual complejidad de los hechos que suelen integrar supuestos como el presente hace difícil un pronunciamiento tajante, sin embargo, las deducciones de esta sentencia parecen adecuadas y convincentes (G.G.C.).

4. DERECHOS REALES

31.—Títulos dominicales. Prueba del dominio. Valor de la Inscripción registral. Circunstancias físicas de la finca.—El tema debatido es concretamente el de la confrontación de los títulos dominicales que se ostentan por ambas partes sobre los predios poseídos de hecho por la demandada, al margen del Registro de la Propiedad, ya que sólo se rectifican errores descriptivos y de hecho de la inscripción registral a favor de la demandada, que sustancialmente permanece como tal finca y titularidad inscrita, habida cuenta de que la inscripción solo protege a ésta última como definición jurídica del ente o predio registral pero no sus circunstancias físicas. (STS de 6 de febrero de 1947.)

Ambito de la fe pública registral: protección del tercero hipotecario. Error en la descripción de los linderos de la finca.—El Registro de la Propiedad solo proyecta su protección sobre la extensión, existencia y titularidad de los derechos, es decir, sobre el contenido jurídico de la institución. La presente controversia estriba únicamente en la confrontación de títulos dominicales que se ostentan por las partes sobre las parcelas poseídas de hecho por la demandada, al margen del Registro de la Propiedad y que al comprobarse que los títulos recaen sobre dos fincas distintas, identificadas como tales, ni puede darse el fenómeno patológico tubularmente diciendo, de la doble inmatriculación, ni tampoco, consecuentemente, la protección de la fe pública registral a favor del tercer adquirente que es al que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues se trata de una ocupación indebida de la finca del actor, con el apoyo del error registral del lindero sur de la finca de la demandada, que por su característica topográfica o física queda fuera del amparo de los libros hipotecarios. No hay por tanto ni la situación prevista en el artículo 34 de la LH aludido, ni la contemplada en el artículo 313 de su Reglamento.

Usucapion secundum tabulas.—No puede estimarse la «usucapion secundum tabulas» a favor de la demandada, porque se está en presencia de dos inscripciones registrales de fincas distintas identificadas sin lugar a dudas en autos. (STS de 8 de febrero de 1989, no ha lugar.)

NOTA.—Plantea esta sentencia, entre otras, una cuestión referente al ámbito de la fe pública registral y los datos físicos de la finca. Puede considerarse afirmación indiscutida en doctrina y jurisprudencia que la fe pública registral no se extiende —no podría— a las características físicas de la finca (cabida superficial, tipos de cultivo, etc.); no ocurre lo mismo cuando se trata de los límites de la finca. Los linderos de la finca señalan hasta donde llega el derecho, por lo que —opinan algunos autores— no puede decirse que se trata de una cuestión física indiferente para la situación jurídica. En el caso presente, el error fáctico en la determinación del lindero sur de la finca supone que el derecho de propiedad de la demandada incluye las parcelas que le reclama el Ayuntamiento. Cuando la demandada invoca en su favor la aplicación del artículo 34 LH, el Tribunal Supremo contesta que las características topográficas o físicas no están amparadas por el Registro; nótese que en ningún momento se niega que la demandada reúna los requisitos del artículo 34 LH, por lo que podríamos suponer que adquirió la finca identificada con los linderos cuya rectificación ahora se pide— de buena fe, a título oneroso de quien en el registro aparecía como legitimado para transmitirla. No parece que sea jurídicamente intrascendente afirmar que su derecho de propiedad no se extiende a los límites publicados por el registro, porque estos erróneamente incluyen una franja de terreno que pertenece a otro.

Existe, sin embargo, otro dato a tener en cuenta: según parece, las parcelas reclamadas por el Ayuntamiento estaban inmatriculadas como finca independiente en otro folio e inscrita a su favor; no estaban —por tanto— inscritas a favor de la demandada como finca independiente, sino que resultan incluidas en la descripción de los límites de

la que efectivamente pertenece a la demandada; y —dice el TS— «el resto de la finca de la demandada, sobre la que lógicamente no se reivindica ningún terreno, no es punto a decidir en esta contienda judicial». Por la misma razón se niega la «usucapición secundum tabulas» a favor de la demandada: por el hecho incontrovertible de la distinción de fincas (registrales).

Podría decirse que nos encontramos con todo rigor el carácter formal del Registro de la propiedad. Poco importa que desde un punto de vista material la finca que tiene inscrita la demandada comprenda la que reivindica el Ayuntamiento; formalmente no la comprende, porque el Registro no se extiende a datos materiales. Una vez probado el error en la fijación del lindero, y habiéndose solicitado la cancelación del Registro en lo que se refiere a esa determinación, ni puede jugar la protección del artículo 34, ni «usucapición secundum tabulas» de lo que nunca debió constar el folio de la finca de la demandada. En definitiva, no puede invocarse adquisición a non domino ni «usucapición secundum tabulas» por quien no es titular registral de la finca reivindicada. El terreno que reclama el Ayuntamiento constituye en el Registro finca independiente, inscrita a favor del propio Ayuntamiento.

El Tribunal Supremo —en varias ocasiones— apoya sus afirmaciones en el hecho de no existir doble inmatriculación, lo que parece discutible: la doble inmatriculación puede ser parcial, es decir, que una finca esté doblemente inmatriculada sólo en una porción de ella y superpuesta: que una finca se encuentre comprendida en la descripción de otra mayor. De todas formas y de aplicarse el criterio jurisprudencial prevalente en materia de doble inmatriculación, la controversia planteada se debe igualmente resolver al margen del Registro, atendiendo a los datos extrarregistrales y al mejor título según las normas de Derecho Civil (I.G.P.).

32.—Prestación de técnicas informáticas.—No tiene, necesariamente, una calificación uniforme, puesto que puede consistir en un contrato de actividad asimilable al de arrendamiento de servicios, o un contrato de resultado, dentro del concepto genérico de arrendamientos de obra, y puede concertarse concesión de la propiedad de los programas.

Transmisión de la propiedad de los programas de ordenador.—No es consecuencia natural del contrato la transmisión de la propiedad de los programas, pues ésta no puede extenderse a la peculiar disposición de los elementos que constituyen un trabajo de creación, sino que alcanza únicamente a los objetos confeccionados según esa disposición, por lo que la transmisión de la propiedad depende de lo pactado en cada caso. (STS de 12 de diciembre de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad anónima y un centro de cálculo y tratamiento informático celebraron un contrato por virtud del cual este último efectuaría determinados trabajos de ordenador. En la demanda el centro de cálculo solicitó el pago de una cantidad por los trabajos realizados, a lo que se opuso la sociedad demandada, formulando reconvencción en la que solicitó el pago por la actora de la cantidad corres-

pondiente a gastos de la reconviniente debidos a que aquélla se había negado a entregarle los programas que confeccionó y que pasó a ser de su propiedad, según lo pactado.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y estimó la reconvencción. La Audiencia Territorial estimó la demanda y desestimó la reconvencción. Prospera el recurso de casación.

NOTA.—Es evidente que el contrato de elaboración de programas de ordenador puede ser de obra o de servicios, como destaca la sentencia y en nuestra doctrina Delgado (*Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Madrid, 1989, pp. 1349 y ss.). Todo depende de que la prestación del programador sea de resultado o de actividad, lo cual deriva de lo que hayan pactado. En la doctrina italiana se considera que el *computer service contract*, existiendo silencio de las partes, corresponde al *appalto* de servicios (Alpa, *I contratti di utilizzazione del «computer»*, en *Trattato di Diritto privato*, dirigido por Rescigno, t. 11, vol 3.º, Torino, 1984, p. 106).

Es plenamente acertada la afirmación del Tribunal Supremo, en la sentencia que anotamos, de que la transmisión de la propiedad del programa no es una consecuencia natural del contrato celebrado por las partes. Hay que atender a lo pactado (A.C.S.).

33.—Propiedad horizontal: elementos comunes: pistas de tenis de la urbanización.—Interpretación del artículo 38 par, 2.º LH.: Según una ya asentada doctrina jurisprudencial, recogida últimamente en las sentencias de 6 de julio y 24 de noviembre de 1987, superando una anterior interpretación rigurosa del artículo 38, párrafo 2.º LH que exige el ejercicio previo, o al menos coetáneo, con la acción contradictoria del dominio inscrito, de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la más actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro, sin solicitar nominal ni específicamente la nulidad o la cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita una petición de nulidad o cancelación del asiento contradictorio, y no puede ser causa, haciendo uso de un error u omisión en el suplico de la demanda, se inadmita ésta, y por tanto se deniegue la petición respecto a la titularidad dominical; en consecuencia, puede pedirse la rectificación del Registro en trámite de ejecución de sentencia, cuando la nulidad o cancelación de la inscripción, ya sea total o parcial, fuere una consecuencia del juicio y no hubiere terceros interesados.

Identificación de la finca.—Siendo la identificación de la finca uno de los siguientes requisitos esenciales que han de concurrir para el éxito de la acción contradictoria del dominio, su falta debió ser atacada al amparo del artículo 348 del Código civil.

Interpretación de contrato: venta de chalets independientes dentro de la misma urbanización.—La interpretación de los contratos es función encomendada al Tribunal de instancia, cuyo resultado ha de prevalecer en casación, salvo que las conclusiones obtenidas sean ilógicas, absurdas, desorbitadas o arbitrarias, o estén

en pugna con las pautas legales señaladas para la tarea hermenéutica; defectos que no se aprecian en este caso pues la Sala, mediante un análisis sistemático del conjunto contractual como un todo, a tenor del artículo 1.285 del Código civil, llegó a una conclusión coherente con la finalidad perseguida por los contratantes, que no era otra que la adquisición de chalets independientes, comprendidos todos ellos dentro de una misma finca formando una urbanización, consistiendo los elementos comunes en los viales, apasos, fosos, pozos y servidumbres, canalizaciones, conducciones y servicios de gas, electricidad, aguas potables, pluviales y residuales, y en los parques, jardines, pistas de tenis y cualesquiera otros cuyo destino y naturaleza sea el de los servicios comunes en toda la superficie y altura.

Prevalencia del título constitutivo de la propiedad horizontal sobre el de adquisición de cada departamento.—En caso de contradicción, los títulos de adquisición de los departamentos o espacios concretos que van a integrar la propiedad privativa del comunero, no pueden prevalecer sobre los constitutivos de la propiedad horizontal en que se describen los elementos comunes.

Buena fe.—Se aplicó rectamente el artículo 1.258 del Código civil pues sometida la propiedad horizontal a la Ley de 1960, según consta en su título constitutivo, resulta aplicable el artículo 3 b) de la misma, que establece la copropiedad con los demás condueños de «los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes», entre los que figuran las pistas de tenis litigiosas, lo que impide que las mismas puedan pertenecer a terceros no integrantes de la comunidad.

Estatutos de la comunidad de propietarios: aprobación por la promotora.—Declarado en relación con el título constitutivo de la Comunidad de Propietarios de la Urbanización que, según se desprende las actas de la comunidad de fechas 19 de septiembre y 31 de octubre de 1981, se presentaron los mismos en la primera y siendo aprobados por unanimidad en la segunda, y que ambas reuniones asistió la sociedad vendedora, representada por la misma persona física que también en nombre de aquella otorgó la mayoría de los contratos de compraventa, y cooperó con su voto a su aprobación, no puede negarse la intervención de la promotora en la aprobación de dichos Estatutos. (STS de 25 de enero de 1989, no ha lugar.)

NOTA.—Sentencia importante (Pte. González Poveda) en orden a los siguientes puntos: 1.º) Confirmación de la reciente doctrina jurisprudencial que flexibiliza la interpretación del artículo 38, párrafo 2.º LH, cuya exigencia rigurosa, al decir de la doctrina «no se halla plenamente justificada y ocasiona decisiones de dudosa equidad» (Lacruz y Sancho Rebullida, *Derecho inmobiliario registral*, 1984, p. 146). 2.º) Aceptación de la corriente doctrinal favorable a aplicar las reglas de la propiedad horizontal a las urbanizaciones privadas de tan variada configuración (cfr. Res de 2 abril de 1980). Y 3.º) Salir al paso de la frecuente picaresca que se produce en el mercado inmobiliario, sobre todo en fase publicitaria y de promoción de ventas, dando prevalencia al contenido del título constitutivo de la propiedad horizontal sobre el particular de cada adquirente de un chalet o departamento. El objeto del litigio era la acción declarativa de dominio sobre unas pistas de

tenis que la promotora había cedido al Ayuntamiento. En realidad hubiera podido invocarse el artículo 8,1 de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios de 1984, a cuyo tenor éstos podrán exigir las condiciones y garantías ofrecidas, en la oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado. Cabe conjeturar que las pistas de tenis se incluyeron en la publicidad inmobiliaria (también en el título constitutivo de la propiedad horizontal según sentencia), pero no así en los contratos individuales. Aparte la aludida omisión de una normativa vigente, la doctrina de esta sentencia es de aprobar plenamente (G.G.C.).

34.—Declaración de nulidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley hipotecaria.—Como quiera que los principios de especialidad y publicidad, características del orden inmobiliario han de verse cumplidos para la eficacia del negocio jurídico aquí contemplado, quierese decir, que en cuanto a terceros como lo es en el orden cambiario el hoy recurrente, no puede apoyarse para establecer el «*factum*» de la controversia suscitada en documentos que no sean los mismos que sirvieron de títulos para iniciar el procedimiento especial de ejecución cuya nulidad se demanda en este procedimiento declarativo, es decir, las letras de cambio y la escritura de constitución de hipoteca previamente inscrita en el Registro de la Propiedad porque en torno a ellos, giran las determinantes de la idoneidad o no del proceso del artículo 131 de la Ley hipotecaria.

En conclusión que la intención de los contratantes vertida en la suscripción de las letras de cambio y otorgamiento de la escritura de hipoteca, no podía ser otra que la de facilitar el éxito de cobro de aquellas sujetando de antemano bienes concretos a tal menester. La firma de la escritura de hipoteca y de las letras de cambio, verificada en acto conjunto, con expresión en la escritura de todos los datos y características de los títulos valores y la mención detallada de la garantía constituida para su buen fin en los propios títulos valores ha de hacer prevalecer la tesis de que la intención de las partes era la de que el derecho de hipoteca se transmitía sucesiva y paralelamente a la enajenación que pudiera operarse en dichos títulos valores. En consecuencia, si la hipoteca y los títulos valores que aquella garantiza en su plena satisfacción están perfectamente individualizados en la inscripción registral, el tenedor eventual legítimo según la cadena de endosos está igualmente legitimado para promover tanto la acción cambiaria como la hipotecaria. (STS de 7 de junio de 1988, no ha lugar.)

35.—Servidumbres de vistas.—La sentencia impugnada, confirmatoria de la dictada en primera instancia, rechaza la demanda interpuesta por la actora, en juicio de menor cuantía, en la que pretendía continuación de obra paralizada, por estimación del interdicto de obra nueva planteado por los ahora demandados, al declarar que tal obra nueva afectaba a sus derechos, favorecidos por la titularidad de una servidumbre de no obstaculizar las vistas, que desde su predio se proyectaban lateralmente hacia la zona del mar, ya que la actora construye una estructura metálica de 2,70 metros de altura, con perfiles de aluminio, formando marcos en los huecos laterales y frontales a partir de su fachada principal, obstruyendo parcialmente las vistas de las terrazas posteriores de casas de la misma calle contraviniendo lo que resulta de la inscripción registral de la finca de la

demandada que dice: «El edificio que se construya en esta finca, deberá emplazarse doce metros de distancia de la calle, de suerte que quede sin edificar a lo largo de dicha calle, una zona de la anchura indicada con lo cual podrá levantarse, en ningún tiempo, pared alguna mayor de ochenta centímetros a fin de no impedir las vistas a los solares vecinos».

En fin, la citada limitación, tal como consta en los títulos registrales ha sido bien interpretada por la sentencia recurrida, como servidumbre de no impedir las vistas, servidumbre negativa ya conocida en el derecho clásico romano como servidumbre *ne prospectui officiat* (no obstaculizar las vistas) que comprende no solamente su eliminación total, sino la parcial especialmente en casos como el presente, en el que se da también una construcción de más altura que la concretamente permitida por la servidumbre de no elevar plantaciones ni edificaciones, es decir, construcciones en general que con el fin de mantener las vistas, tal como se tenían impide elevar toda clase de construcciones o plantaciones, lo que se traduce en un aspecto de la servidumbre que comprende para su efectividad, la denominada en derecho clásico romano *altius non tollendi*. (STS de 11 de noviembre de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—En las *Partidas* ya se hacía alusión a la *servitus altius non tollendi*; es decir, se trata como explican los comentaristas clásicos de una servidumbre predial urbana que acarrea la prohibición de edificar sobre el fundo sirviente, o al menos de edificar pasada una determinada altura, en provecho del fundo dominante que gozará de luz, aire o vista sobre aquél. Como dice Doral, en ausencia de una regulación concreta en el Código civil, a la *servitus altius non tollendi* le son aplicables, dice, las normas que dentro del Código civil, corresponden a las servidumbres no aparentes, aquellas que no exigen indicio alguno exterior de existencia, es decir, signos visibles y permanentes, y, continuas, ya que el uso o ejercicio es incesante sin necesidad de hecho actual del hombre. Se trata por tanto de una servidumbre negativa que tiene por contenido un *non facere* que se ejercita con la simple conservación de un estado de hecho en el serviente.

36.—Tercería de dominio.—Bienes gananciales. En las capitulaciones matrimoniales otorgadas por la demandante y su esposo, el 21 de septiembre de 1981, se hacía expresa mención del embargo existente sobre los bienes que ahora la esposa reclama en la tercería, así como que los otorgantes de aquellas capitulaciones aceptaron los bienes adjudicados —entre ellos los que lo fueron a la esposa— con las cargas reseñadas.

Cuestionada no la propiedad de los bienes anteriormente gananciales y después adjudicados a la esposa en capitulaciones, sino la posibilidad de hacer efectivos sobre ellos los derechos de terceros adquiridos con anterioridad a la modificación del régimen económico matrimonial, esta modificación no puede conforme al artículo 1.322 —hoy 1.327 del Código civil— perjudicar tales derechos con el argumento que la gratuidad del aval prestado por el esposo, constante el régimen de gananciales, gratuidad que deriva de su carácter mercantil —art. 441 del Código civil— obstaculiza conforme al párrafo 1.º del artículo 1.413 del Código civil en su redacción aplicable al caso, que los gananciales se vean afectados. Puesto que como ha reconocido este Tribunal (STS de 11 de abril de 1972; 13

de marzo y 29 de diciembre de 1987) carente el contrato de préstamo cuyo cumplimiento avaló el esposo, de la nota de la gratuidad tanto en su nacimiento como en su finalidad, al estar suscrito el aval por el marido constante el régimen de gananciales y redundar en interés de la familia, al ser prestado en defensa o beneficio de una empresa de carácter familiar, el afianzamiento en tales condiciones es claro que obligan a los gananciales. (STS de 18 de noviembre de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—La responsabilidad de los bienes gananciales es clara en situaciones como la que se describe, por cuanto la modificación del régimen económico constante el matrimonio no puede perjudicar derechos ya adquiridos por terceros y cuya responsabilidad corresponde al consorcio ganancial —maxime si a mayor abundamiento, es clara la naturaleza del gasto producido para atender una carga familiar.

Tal estado de cosas, como ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia, no puede verse alterado por la escritura de capitulaciones matrimoniales y separación de bienes, con liquidación de la sociedad de gananciales puesto que la regla de la mutabilidad del régimen económico constante matrimonio no puede perjudicar derechos adquiridos por tercero. Repárese que en el presente caso los otorgantes de aquellas capitulaciones aceptaron los bienes adjudicados con las «cargas reseñadas», por lo que es perfectamente lógico embargar bienes adjudicados —tras la liquidación— a la esposa por deudas contraídas durante la vigencia del régimen económico de gananciales.

Resumen muy bien los efectos los profesores Díez Picazo y Gullón: así explican como el cónyuge que contrajo una deuda constante matrimonio acuerda con el otro la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales y el establecimiento para el futuro de un régimen de separación de bienes.

Generalmente, se adjudican al cónyuge no deudor los bienes inmuebles por ser más fáciles de agresión por los acreedores quedándose el deudor con los de menor valor o de más difícil identificación a estos efectos. En estas circunstancias, el cónyuge no deudor se apresura a inscribir en el Registro de la Propiedad los bienes que se le han adjudicado, que formalmente por lo menos serán privativos. El conflicto se plantea cuando el acreedor no satisfecho pretende embargarlos, alegando la protección que le brinda el artículo 1.317.

La Dirección General de los Registros accede a la anotación del embargo pedido en el mandamiento judicial correspondiente, si en el mismo consta que la deuda ha de ser satisfecha sobre el patrimonio ganancial, y el cónyuge no deudor ha sido notificado de la traba del bien respecto al cual se ordena la anotación (Resoluciones de 16 de febrero, 29 de mayo, 18 y 24 de septiembre de 1987).

37.—Relación de vecindad.—La permisión de abrir huecos o ventanas contenida en los párrafos 1.º y 2.º del artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón no es más que un acto meramente tolerado y potestativo, como simple relación de vecindad, que no engendra derecho alguno en quién lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta, sin embargo, no puede ser jurídicamente permisible que pretendiendo acogerse a ese incuestionable derecho que le concede

el Estado, párrafo 3.º del artículo 144 de la aludida Compilación el dueño del fundo sobre el que aparecen abiertos tales huecos trate de cerrarlos o taparlos sin realizar, como establece dicho precepto alguna construcción o edificación que en el caso que nos ocupa, le viene prohibida hasta ahora por la autoridad municipal, sino estrictamente mediante un simple tabicón levantado con esa única finalidad, pues la expresada conducta, como la entidad actora, aquí recurrida adujo configura una clara y típica situación de abuso de derecho proscrita por el artículo 7 del Código civil. (STS de 3 de febrero de 1989, no ha lugar.)

38.—Resolución del contrato.—Para la viabilidad de la acción resolutoria que sanciona el artículo 1.504 del Código civil se requiere que quien insta la resolución haya cumplido por su parte las obligaciones que le incumbían, de tal manera que no tiene derecho a pedir la resolución el contratante incumplidor de sus obligaciones, que es precisamente la situación dada en el supuesto examinado desde el momento que al venir acomodada la construcción de lo que es objeto del contrato sometido a controversia a las normas urbanísticas exigibles al tiempo de su otorgamiento y del requerimiento de resolución previo a la demanda iniciadora del juicio de que se trata, claro es que hasta entonces no estaba cumplida por ésta, en su cualidad de vendedora, su obligación de entrega adecuada, cual exige el artículo 1.461 del Código civil. (STS de 17 de junio de 1988, ha lugar.)

40.—Zona marítimo terrestre. Naturaleza de los bienes.—Los terrenos comprendidos en la zona marítimo terrestre se califican como bienes de dominio público correspondiendo al particular que se oponga a la pretensión reivindicatoria del Estado, probar los hechos obstativos a la misma, o en su caso, los derechos que sobre ella aduzcan oposición obstativa del particular que solo puede prosperar si acredita la desafección de los bienes por acto de soberanía, su cambio de destino, que su enajenación fue autorizada o que han pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puertos de 1880, para lo cual no pueden bastar la simple inscripción registral, pues están fuera del comercio, son inalienables e imprescriptibles, llevando en su peculiar destino la propia garantía de su inatacabilidad e inmunidad, por lo que los derechos no pueden reputarse legalmente adquiridos no son los que provienen de una inscripción registral o de una posesión más o menos dilatada.

A partir de la vigencia de la Constitución Española incluye en su artículo 132,2 la zona marítimo-terrestre «en todo caso» como un bien de dominio público estatal asignándole las tradicionales características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Tras la promulgación de la Constitución Española rige en cualquier caso una fuerte y cualificada presunción del dominio nacional.

Consecuentemente los particulares no pueden ser titulares de un derecho de dominio de la zona marítimo terrestre. (STS de 12 de noviembre de 1988, no ha lugar.)

5. DERECHO DE FAMILIA

41.—Responsabilidad por las deudas personales del cónyuge.—Las primitivas obligaciones contraídas por la demandada y a la sazón esposa del recurrente en casación, por consecuencia de los negocios jurídicos creados por ella sin consenti-

miento de su marido, y más cuando no se advierte que hayan generado beneficio alguno a la Sociedad conyugal no pueden obligar los bienes gananciales y por tanto procede declarar la nulidad de tales negocios en lo que afecte a su proyección a los mismos, sin perjuicio claro está, de que dichos negocios jurídicos puedan seguir manteniendo eficacia para alcanzarles efectividad en relación con bienes privativos del cónyuge deudor, e incluso para actuar con base en el expresado artículo 1.373 del Código civil, en el caso de que acredite la inexistencia de bienes privativos de la mencionada cónyuge deudora con el subsiguiente cumplimiento del trámite de notificación de tal circunstancia, a fin de que el cónyuge no deudor pueda obrar en consecuencia, de no estar de acuerdo con esa ausencia de bienes privativos, que en su caso acreditase existentes, o ejercitando la facultad que el meritado artículo 1.373 le confiere. (STS de 3 de junio de 1988, ha lugar.)

NOTA.—En el presente supuesto se trata de una obligación puramente personal contraída por uno solo de los cónyuges de la que responde exclusivamente el consorte deudor —en nuestro caso la esposa— con la posibilidad para el otro cónyuge de la vía del artículo 1.373 del Código civil, permitiendo al acreedor, cuando el cónyuge deudor carezca de bienes privativos para hacer efectivas las obligaciones, embargar bienes comunes determinados, no tanto el embargo de la cuota del cónyuge deudor en la Sociedad de gananciales, por la dificultad que conllevaría su venta en subasta. La disolución, como dicen Díez Picazo y Gullón concreta lo embargado en bienes determinados, de suerte que se transforma en embargo de bienes, y la ejecución se puede llevar a cabo en forma ordinaria.

42.—La acción de reclamación e impugnación de filiación contradictoria.— Conforme establecen los artículos 129 y 133 del Código civil, cuando falte la posesión de estado, como en el caso debatido, la acción corresponde al hijo durante toda su vida y la acción puede ser ejercitada no solo por el hijo, cuando tenga capacidad procesal para ello, sino también indistintamente, según declara el artículo 129 por su representante legal o por el Ministerio Fiscal, y no cabe duda, ni se ha discutido que en el caso presente fue ejercitada la acción de reclamación de filiación paterna por la madre como representante legal de sus hijos y la acción de reclamación ejercitada por el hijo o por uno de sus progenitores, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria (art. 134-1.º) lo que significa en cuanto ahora interesa, por un lado que la impugnación es accesoría de la reclamación por ser ambas contradictorias y no poder subsistir conjuntamente, y por otro que en modo alguno puede admitirse aplicar a la acción de reclamación, como acción principal el plazo de prescripción o de caducidad que señala el artículo 137 del mismo Código civil para la impugnación. (STS de 3 de junio de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—En la presente litis el estado de la cuestión era el siguiente, hay una filiación matrimonial inscrita en cuanto al hijo, cuyo *status filii* se cuestiona *ad casum*, con posesión de estado concurrente en la relación familiar como tales hijos matrimoniales. La madre al amparo de la normativa aplicable al efecto (vide art. 129 y 133) reclama la filiación que por naturaleza les corresponde a los hijos, en el caso,

la filiación extramatrimonial demandando al que reputa como progenitor real de aquellos, impugnando simultáneamente la filiación que consta en el Registro, la precitada filiación matrimonial, con lo cual el supuesto queda reconducido a la vía del artículo 134 del Código civil, exponente preclaro de las acciones de filiación contradictorias, en las que debe distinguirse la acción principal que será la de reclamación, y la acción subsidiaria que será la de impugnación, y ello ocurre porque no es eficaz la determinación de una filiación —en el caso de autos la de reclamación de la filiación extramatrimonial— en tanto resulte acreditada en el Registro una filiación contradictoria, en nuestro caso la cuestionada filiación matrimonial (vide arts. 113, 114, 134 y 327 del Código civil, así como arts. 3 y 50 de la Ley del Registro Civil).

43.—Reclamación de la filiación no matrimonial. Negativa a someterse a las pruebas biológicas.—Sobre el debatido problema de las pruebas biológicas en la investigación de la paternidad conviene recordar que si la persona de la que se postulaba el reconocimiento de la paternidad es sujeto del proceso, no hay que olvidar que, a la vez, es objeto del mismo y en última instancia el cuerpo humano pasa a ser objeto de la prueba pericial y sobre el que han de operar las pruebas biológicas y las antropomórficas y cuya negativa a someterse a ellas, por parte del sujeto conculcaría la declaración del artículo 39.3 *finen* de la Constitución, y tras recoger la evolución jurisprudencial, sentencias de 27 de junio, 5, 12, 14 de noviembre de 1987, y 18 de marzo, 21 de mayo de 1988 termine por sentar la tesis de que la negativa a someterse a las pruebas biológicas no comporta una ficta confessio, sino un indicio de inestimable valor revelador de un afán obstruccionista y que denota un fraude de Ley. (STS de 24 de enero de 1989, no ha lugar.)

NOTA.—Nos remitimos *a fortiori* a las reflexiones que sobre el tema expusimos en esta Revista en el número de abril-junio 1989, sobre el comentario a la sentencia de 21 de mayo de 1988.

El Juez debe valorar las pruebas presentadas de forma conjunta sin individualizar su convicción otorgando preferencia a las conclusiones de las pruebas biológicas, y mucho menos deducir de la negativa a someterse a los peritajes una actitud englobable en la llamada ficta confessio. La negativa a las pruebas biológicas no es más que un hecho indiciario que debe ser analizado en relación a las restantes pruebas y/o presunciones del artículo 135 del Código civil para llegar a inferir la filiación siempre y cuando se constate con evidencia notoria la prueba de los oportunos hechos indiciarios (posesión de estado, convivencia con la madre en la época de la concepción, acreditado *animus recognoscendi*, etc...); solo así puede valorarse con justificada certeza un cabal convencimiento en torno a la paternidad real del encausado que revele con verosimilitud una voluntad de paternidad y un explícito comportamiento paternofilial que denote una actitud perseverante en la atribución del rol de progenitor y las consecuencias dimanantes a dicho estado de filiación, que evidenciarán inequívocamente dicha paternidad. En fin ha de demostrarse la existencia probada de los mentados hechos indiciarios, si se quiere fundamentar con éxito la presunción de paternidad, y no decantar su fallo en función exclusivamente de la negativa

a someterse a los peritajes biológicos, y mucho menos pienso que deba ser enjuiciada dicha actitud como análogo a un comportamiento en fraude de Ley constitutivo de un abuso de derecho.

6. DERECHO DE SUCESIONES

44.—Sustituciones fideicomisarias «si sine liberis decesserit».—Al ser la voluntad del testador la Ley de la sucesión, en el presente supuesto litigioso aparece de modo indudable que el testador estableció de modo expreso y claro sendas sustituciones fideicomisarias *si sine liberis decesserit*, pues en la séptima cláusula dejó la mitad de sus bienes a su hijo «Luis» agregando en ella que si «muere este mi hijo Luis sin hijos irán los bienes a sus hermanos» y por la octava nombró heredero de la otra mitad de sus bienes a su hijo José, agregando en ella que con la condición, empero, de que muriendo él (José) sin hijos, a mi hijo Luis, antes nombrado, irán todos estos bienes.

Al morir José, sin hijos, la mitad indivisa de los bienes que su padre le había dejado pasó en pleno dominio y sin limitación alguna a su hermano Luis, en el cual quedó purificado y consumido el fideicomiso. Al fallecer Luis sin testamento tienen derecho a la misma sus herederos abintestato. Al morir, sin hijos Luis, la mitad indivisa de los bienes que su padre le había dejado hubo de pasar a sus hermanos, pero solo a aquellos que hubieran sobrevivido pues en las sustituciones fideicomisarias condicionales los fideicomisarios sujetos a condición, aun cuando a la muerte del fideicomitente adquieren la expectativa de su derecho no lo completan, ni tampoco transmiten a sus herederos el derecho de sustituir sino cuando durante su vida se cumple la condición establecida. (STS de 3 de junio de 1988, no ha lugar.)

NOTA.—Como se ve, efectivamente los instituidos José y Luis son fiduciarios con la carga de restituir —si se cumple la condición— a quien hubiese designado el testador (vgr. hermanos). Los hijos están puestos en la condición pero no son sustitutos fideicomisarios, aunque obviamente, pueden llegar a serlo al tenor de la *voluntas testatoris*; si bien en el caso de autos ello no ocurre, porque en la cláusula séptima del testamento el fideicomitente no llamó como sustitutos fideicomisarios a sus demás hijos, dentro de cuya palabra cabría haber incluido a todos sus descendientes —y por tanto, a sus nietos— sino que se limitó a nombrar como sustitutos de Luis *expresa y exclusivamente a sus hermanos*, cuya palabra no admite en modo alguno la referida interpretación extensiva. Como a la fecha de la muerte, de Luis, *sin hijos*, solo vivía su hermana Elvira, descartándose a María que aunque sobrevivió, repudió la herencia de su padre y renunció expresamente a los derechos que le pudieran corresponder por la sustitución fideicomisaria; es claro que la mitad indivisa de los bienes corresponde en pleno dominio a doña Elvira.

45.—Donaciones a legitimarios. Excesos de adjudicación.—Excluida, por tanto la aplicabilidad a este supuesto litigioso de los artículos 806 y 807 del Código civil que la recurrente invoca como infringidos ya que el tema aquí debatido

no afecta en modo alguno a la condición de legitimarias las cuales ya recibieron por donación *inter vivos* de su referida madre, bienes que cubren con exceso sus respectivas legítimas en la herencia de ésta.

La intención de ambas hermanas fue la de quedar obligadas a compensar entre ellas la diferencia de valor que pudiera existir entre las fincas que habían recibido por donación, relegando la forma y el momento de cumplimiento de dicha obligación para hacerlo con el caudal de la herencia de su madre, sin que el hecho de no haber sido instituidas herederas por su madre prive de eficacia a la mencionada obligación. La voluntad de la madre fue la de dar un trato igualitario a sus dos hijas; así concedora aquélla de la obligación por parte de su hija de compensar a su hermana en la diferencia de valor entre las finas donadas legó a ésta el piso y caso que no estuviese de acuerdo, pesase a la obligada al pago de tal diferencia el mencionado legado.

En fin, de acuerdo con el criterio igualitario de la madre deberá procederse a compensar el exceso de adjudicación con respecto al valor de las edificaciones existentes en las fincas donadas, para lograr la equiparación o igualdad de ambas hermanas.

Finalmente con respecto a la suspensión de la partición, cuando como en el presente caso existe una herencia única, para quien por dicha unicidad hereditaria, una vez que ha aceptado la herencia, el testamento constituye por sí solo, título traslativo de dominio, por lo que al no ser, en este supuesto de heredero único necesario partición alguna, carece de todo sentido jurídico la invocación por algún acreedor de la herencia del artículo 1.082 del Código civil para oponerse a una partición que no ha de practicarse como tampoco pueden los acreedores por el mero hecho de serlo, oponerse a que se inscriban el Registro de la Propiedad los bienes hereditarios a nombre de ese heredero único utilizando como título para tal inscripción el testamento de la causante. (STS de 29 de diciembre de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—En la presente *litis* el estado de la cuestión es el siguiente: dos hermanas recibieron por donación en vida de su madre determinadas fincas que compensaban sobradamente sus derechos legítimos.

En la fecha del otorgamiento de la escritura de donación, ambas hermanas suscribieron un documento privado de reconocimiento de deuda por la diferencia de valor existente entre las fincas que habían recibido por donación. Después en otro documento privado que suscriben las hermanas se comprometen a compensarse en la medida que resulte, en el caso que exista diferencia de valor entre las partes donadas del caudal de la herencia o bien en la forma que pacten en el momento de la consolidación dominical. La testadora dispone, en cuanto a este punto lo siguiente: lega y en su caso mejora, a la hija, el piso de la testadora para compensarla de la diferencia en menos valor de las fincas rústicas a ella —la legataria— donadas, en relación a las de la otra hija, y en pago de una deuda dineraria que la testadora adeudaba a la hija favorecida con el legado sujeto a la condición de que la susodicha hija se de por compensada en las mencionadas diferencias de valor renunciando a reclamar cualquier diferencia, ya que de entablar cualquier

reclamación será nulo el legado. Habiendo renunciado al referido legado la hija, promovió el proceso del que este recurso dimana con la pretensión que se condene a su hermana a pagarle la diferencia de valor existente entre las finas donadas.

NOTA.—Efectivamente los derechos legitimarios no se ven infringidos, es más, las donaciones efectuadas *inter vivos* a las hijas de la testadora exceden de la cuota forzosa o porción legitimaria, y aun así nada tendrá que restituir con lo cual nada tomarán del *relictum*, y nada tendrán que pagar a los coherederos. Hacemos este breve comentario porque se pretende argüir una supuesta infracción de los artículos 806 y 807 del Código civil, de todas las maneras insostenible; entre otras razones porque las precitadas donaciones en modo alguno resultan inoficiosas. Y además, porque el tema aquí cuestionado nada tiene que ver con la condición de legitimarias; sino la interpretación de un documento privado compensatorio del exceso de adjudicación producido a favor de una de las hermanas. Y a este respecto es clara la voluntad de la testadora de dar un trato igualitario a sus dos hijas, por lo que procede la compensación en la diferencia de valor entre las fincas donadas (vide art. 675 y 661-2.º a mayor abundamiento). La referencia a estos preceptos alusivos a la *voluntas testatoris*, primera Ley del orden sucesorio es clara, ya que *poniedo en relación el documento privado con la cláusula tercera del testamento de la madre aparece claramente la existencia, eficacia y exigibilidad de la obligación cuestionada.*

Finalmente la pretensión de oponerse a la partición de la herencia, no tiene sentido, como razonadamente concluye el juzgador pues en el caso, la única heredera es la sobrina de la causante, por lo que al haber solo un heredero de los bienes relictos, no hay nada que dividir, porque *per se* no hay comunidad hereditaria, porque solo hay una única titularidad en la *universitas iuris* que aglutina *uti singuli* los bienes comunes en su poder, sin tener que compartirlos con otros coherederos.

III. DERECHO PROCESAL

46.—Competencia de jurisdicción en la acción ejecutiva cambiaria.—El domicilio fijado a efectos del pago de la letra, y donde además corresponde hacer el protesto, es el que habrá de determinar la competencia para el conocimiento de la indicada acción, sin que por la especial naturaleza del procedimiento cambiario, quepa hacer relación al contrato de que trae causa; no siendo admisible la sumisión expresa pactada por los interesados en el indicado contrato causal, ya que en tal pacto de sumisión ha de hacerse referencia necesariamente a las letras, al título de ejecución, y al propio proceso ejecutivo, debiendo además ser aportado este documento en tiempo oportuno, y no al contestar al requerimiento de inhibición. (STS de 26 de noviembre de 1988.)

HECHOS.—Se plantea un problema de competencia de jurisdicción para resolver el incumplimiento de una letra de cambio en juicio ejecutivo. La empresa acreedora presenta demanda en la ciudad donde la

letra había sido librada. A su vez, la empresa demandada promueve cuestión de competencia por inhibitoria en la ciudad donde tiene su sede, que además es el lugar donde la letra de cambio estaba domiciliada. La inhibitoria es admitida por el Juzgado de Primera Instancia; pero, la Audiencia Territorial revoca lo dictado.

47.—Conflictos de jurisdicción. Actos de administración y actos administrativos.—A efectos de competencia atribuible a la jurisdicción civil y a la contencioso-administrativa, debe distinguirse los llamados «actos de administración» de los denominados «actos administrativos», mereciendo esta naturaleza exclusivamente aquellos que junto al requisito de emanar de la Administración pública, como consecuencia de un actuar ésta con facultad de «imperium», o en el ejercicio de una potestad que sólo ostentaría como persona jurídica-pública y no como persona jurídico-privada, de tal manera que cuando la Administración contiene con el particular sobre cuestiones atributivas de propiedad sobre un determinado bien originariamente privado, sin base en ejercicio de facultades de expropiación forzosa, y concretamente en relación a la titularidad, adquisición y contenido de la propiedad y demás derechos reales, deberá ser resuelto por el Juez ordinario, como declaran entre otras, las sentencias de 25 de febrero de 1953, 22 de febrero de 1954 y 29 de octubre de 1962, puesto que, según proclama la de 25 de septiembre de 1954, tratándose de discriminar a quien pertenece la titularidad de un derecho real, la cuestión es civil, lo que en definitiva es consecuencia del principio secular básico en el régimen administrativo de atribuirse la Jurisdicción ordinaria la defensa del administrado frente a la ingerencia sobre bienes de su propiedad, salvo cuando se trate de ejercicio, dentro del ámbito del Derecho público y se ejerciten potestades administrativas en sentido estricto, que es el presupuesto indispensable para considerar la existencia de «acto administrativo» determinante de la competencia objetiva de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que inexcusablemente tiene que venir atribuida o habilitada mediante norma con rango de Ley, de tal manera que cuando esa atribución no se produce y la Administración actúa en relaciones de Derecho privado, concluyendo o pretendiendo concluir, negocios jurídicos de naturaleza privada, como es la adquisición de bienes de tal índole, la Administración, al no ejercer ninguna potestad, sino ejercitar derechos, no dictó «actos administrativos», y, por consiguiente, el control de esa situación administrativa debe quedar privativamente reservada al conocimiento de los Tribunales ordinarios.

Ejercicio de retracto por la Administración al amparo de la Ley de Patrimonio Forestal del Estado: acto de la Administración.—Teniendo como base la acción ejercitada por el demandante la reclamación de la titularidad dominical al amparo del derecho de subrogación en la compra de la finca objeto de la controversia judicial planteada, que autoriza el párrafo segundo del artículo 17 de la Ley de Patrimonio Forestal del Estado de 10 de marzo de 1941, claramente determina que se está en presencia no de un «acto administrativo» sino de mero «acto de la Administración», encaminado a la declaración de la propiedad de la finca cuestionada en favor del Patrimonio Forestal del Estado, que como de tal índole es de carácter civil, pues si bien aunque existe efectivamente una norma de rango de Ley, que atribuye a la Administración la potestad de ejercitar el derecho retracto, sin embargo esa Ley se limita simplemente a atribuir la titularidad de

dicho derecho, pero no consagra en precepto alguno la ejecutividad del acto de ejercicio de ese derecho, por lo que es evidente habrá que estar a la legislación civil para llevarlo a cabo. (STS de 10 de junio de 1988, ha lugar.)

HECHOS.—La Comunidad de Castilla y León presenta demanda de retracto contra el vendedor (la Diócesis de Zamora) y el adquirente de un conjunto de fincas rústicas de superficie en parte agrícola y en parte forestal. Desestimada la demanda por el Juez de Primera Instancia de Toro, la Audiencia Territorial de Valladolid dictó auto declarando la nulidad de todo lo actuado por incompetencia de Jurisdicción. Las partes interponen recurso de casación en el mismo sentido: afirmando la competencia de la Jurisdicción civil. Ambos recursos son estimados.

48.—Incongruencia de la sentencia recurrida.—El expresado motivo ha de fenecer por las siguientes razones: a) Porque no ha tenido en cuenta una reiterada y uniforme doctrina de esta Sala (sentencias de 4 y 31 de marzo y 4 de noviembre de 1981; 8 de marzo y 24 de mayo de 1982; 27 de junio, 12 de julio y 29 de septiembre de 1983; 17 de octubre y 21 de diciembre de 1984; 20 de mayo y 20 de diciembre de 1985; 20 de mayo y 30 de junio de 1988, entre otras muchas), con arreglo a la cual la sentencia que, como la que aquí se recurre, desestima las peticiones de la demanda, resuelve por sí misma, de manera congruente, todos los pedimentos de los litigantes, salvo los supuestos excepcionales, que aquí no concurren, de que la desestimación de la demanda y subsiguiente absolución de los demandados haya sido determinada por la estimación de una excepción no alegada, ni estimable de oficio.

Principio constitucional de presunción de inocencia.—Carece de todo sentido jurídico la cita que, en el transcrito «Resumen» introductorio del motivo, hace del principio de presunción de inocencia que consagra el apartado segundo del artículo 24 de nuestra Constitución (no el art. 25, como él dice), ya que al no haber sido objeto del proceso del que este recurso dimana el enjuiciamiento de la conducta del aquí recurrente, que en dicho proceso ha actuado como demandante, no cabe ontológica, ni jurídicamente, la posibilidad de que haya podido ser en este litigio violada o desconocida la presunción de su inocencia, que nadie ha cuestionado.

Derecho a la tutela judicial efectiva.—Ya que como tiene declarado el Tribunal Constitucional en doctrina cuya notoriedad excusa una cita pormenorizada, el derecho a la tutela judicial efectiva ya no puede alcanzar a que los órganos judiciales hayan de admitir o estimar las pretensiones de quienes reclaman y sí, sólo, a alcanzar una resolución fundada, que es lo ocurrido en el presente caso, en el que, por otra parte, no se ha cuestionado que en el trámite del procedimiento no se observaran las oportunas garantías rituarías.

Error de derecho en la apreciación de la prueba.—Porque, aparte de los artículos 18 y 20 de nuestra Constitución que, como es obvio, no contienen ninguna regla valorativa de prueba, el recurrente no cita ningún precepto, ni, por tanto, norma legal alguna sobre tal valoración probatoria que pudiera haber sido infringida, lo que constituye una omisión que hace inestimable el motivo, pues, como

reiteradamente tiene dicho esta Sala (sentencias de 14 de mayo, 2 de junio y 9 de octubre de 1981, 5 de enero de 1983, 1 y 9 de marzo de 1984, 8 y 23 de enero y 4 de febrero de 1985, entre otras muchas), el error de derecho se comete cuando, al apreciar la prueba, se infringe algún precepto legal regulador de la misma, cuya observación sea inexcusable, lo que impide que, sin la precisa citada de la supuesta norma en tal situación, pueda establecerse conclusión alguna acerca de su denunciada vulneración. (STS de 26 de enero de 1989, no ha lugar.)

HECHOS.—El señor Valls, secretario de Ayuntamiento, denuncia ante el Juzgado de Primera Instancia al concejal señor Maymí y a Ediciones Periodiques de les Comarques, S. A. como responsables, respectivamente, de manifestaciones lesivas de su honor y de la difusión de éstas en los medios de comunicación locales. El señor Maymí, mediante escrito dirigido al Ayuntamiento, había expuesto las razones que le asistían para creer que un estudio sobre el impuesto municipal de solares realizado por el señor Valls no debía retribuirsele con independencia del sueldo que como secretario de la Corporación ya percibía. Los medios de comunicación dieron cuenta a sus lectores de los debates habidos en el Ayuntamiento en relación con la legalidad o ilegalidad de la retribución mencionada. El Juzgado declara ciertos y probados los hechos de la demanda, pero absuelve a los demandados de los pedidos de ésta. La Audiencia desestima la apelación. No ha lugar al recurso (R.G.S.).