

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Colaboran: Javier BARCELO DOMENECH
Gabriel GARCIA CANTERO
Regina GAYA SILICIA
Isabel GONZALEZ PACANOSWSKA
Encarna SERNA MEROÑO

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Nulidad de los actos contrarios a la ley.—«Es doctrina de esta Sala la de que la nulidad de pleno derecho a que se refiere el art. 6, punto 3, del Código civil deja a salvo aquellos casos en los que la disposición prohibitiva establezca para el caso de su contravención un efecto distinto que el de la nulidad que el precepto consagra (S. 25 de Mayo 1983); que la jurisprudencia, al enfrentarse con el texto del artículo 6-3, ha reconocido su importancia proclamando que constituye un auxilio del derecho para remediar las faltas fundamentales o graves cometidas en actos jurídicos y procesales (art. 238 a 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), pero, al mismo tiempo de su reconocimiento, se ha visto compelida a delimitar su preciso alcance, establecido que el precepto se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que ha de ser interpretado no con criterio rígido, sino con criterio flexible, por lo que no es posible admitir que toda disconformidad con una Ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de la nulidad y que el artículo 6-3 no puede aplicarse indiscriminadamente como determinante de la nulidad, sino que hay lugar a clasificar los actos contrarios a la Ley en tres distintos grupos: 1) Aquellos cuya nulidad se funda en un precepto específico y terminante de la ley que así lo imponga, siendo obvio que la nulidad ha de decretarse entonces, incluso de oficio; 2) Actos contrarios a la ley, en los que la ley misma disponga, a pesar de ello, su validez, debiendo entonces reconocersele validez a tales actos “*contra legem*”, y 3) Actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración alguna expresa sobre su nulidad o validez, debiendo entonces el Juzgador extremar su prudencia en uso de una facultad hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así

lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentales razones que patenten el acto como gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público (STS 26 julio 1986 y 17 octubre 1987).»

La violación de un precepto reglamentario de carácter administrativo no puede ser alegada en casación.—«[...] No puede, en puridad de principios, decirse que el mismo sea contrario a una Ley propiamente dicha, sino, en todo caso, a un precepto reglamentario de carácter administrativo, cuya violación no puede ser alegada como motivo de casación [...].»

Principio de congruencia procesal: conformidad sustancial entre lo solicitado y lo concedido.—«Por fin, el motivo tercero del recurso [...] denuncia incongruencia, por haber concedido la resolución recurrida una cosa distinta de la pedida, motivo que tampoco puede prosperar, pues si tenemos en cuenta que, de acuerdo con una constante doctrina de esta Sala no es preciso, para que se produzca la congruencia, que la coincidencia entre lo solicitado y lo concedido sea literal, bastando con una conformidad sustancial, no cabe duda que la misma se da en el caso presente [...].» (STS de 29 de octubre de 1990; no ha lugar).

HECHOS.—Bastará con destacar que el recurso de casación al que la sentencia pone fin arranca de un pleito relativo al cumplimiento de un contrato de arrendamiento de servicios (R.G.S.).

2. DERECHO DE LA PERSONA

2. Responsabilidad solidaria: aplicación analógica del art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta al ámbito de la radiodifusión y responsabilidad extracontractual con diversidad de sujetos activos.—«Impugna en este motivo la recurrente la aplicación por analogía que hace la sentencia recurrida del art. 65.2 de la Ley de Prensa e imprenta, de 18 de marzo de 1966, al caso ahora debatido para declarar solidaria la responsabilidad de los demandados por similitud con lo que se declara en aquel precepto para los antes directores, editores e impresores de publicaciones por medio de la imprenta. El motivo es idéntico en cuanto a su invocación y desarrollo con el quinto de los formulados por don Luis del Olmo, que se opone asimismo, a aquella declaración de solidaridad que hizo la sala “*a quo*”. Ambos motivos decaen por las siguientes consideraciones: a) La difusión de noticias por medio de la radiodifusión persigue la misma finalidad, es decir que el público tenga conocimiento de lo que se le comunica por un medio u otro. Esa identidad de finalidad no se ve desvirtuada por la diferencia de medios mecánicos utilizada en un caso y otro. Por tanto, no cabe duda que es muy razonable la aplicación analógica de una disposición como el art. 65.2 de la Ley de Prensa al ámbito de la radiodifusión. La norma contempla un supuesto semejante y entre ambas existe identidad de razón, sin que se trate por su naturaleza de aplicar una ley penal que impidiere el uso de la analogía. b) Aparte de lo expuesto y de la norma del art. 65.2 citado, fuera el ámbito del mismo, como se deduce entre otras de la sentencia de 11 de diciembre de 1989, vendría indicada en el caso ahora contemplado una responsabilidad solidaria por el mismo fundamento que la doctrina de esta sala le viene apli-

cando a los supuestos de responsabilidad extracontractual con diversidad de sujetos activos; en cuanto es evidente que cada uno de los demandados fue condición imprescindible del resultado, que no se hubiera producido si uno de ellos no hubiera cooperado a él, sin que en este caso concreto existan hechos probados permitan distinguir la participación causal de cada uno. No es necesario, desde otro aspecto, una actuación peligrosa basada en acuerdo entre los distintos partícipes, sino que la igualdad de inculpación justifica la responsabilidad solidaria de todos los partícipes aunque sólo uno de ellos haya podido producir el resultado. Hubo al menos una cooperación psíquica expresa, o, al menos tácita, de los tres demandados en los actos lesivos, en cuanto ninguno de ellos, consciente de la posibilidad de actuación que podría ser lesiva, asumió, quizá con cierta negligencia, la responsabilidad de tal actuación [...].»

Carencia de valor probatorio del escrito de proposición de prueba.—«[...] el escrito de proposición de prueba de una de las partes no es prueba alguna sino simple “proposición de prueba”; como escrito judicial procedente de una de las partes no puede ser tenido en cuenta para demostrar un error de hecho de la sentencia impugnada, según ha declarado muy reiteradamente esta Sala en sentencias numerosas.»

Irrelevancia de la vinculación contractual existente entre los causantes del daño a los efectos del art. 1902.—«Y ciertamente el supuesto debatido no se basa en responsabilidades de los demandados unos por ser dependientes de los otros, ni en responsabilidad de ninguno de ellos por actos ajenos, sino que cada uno responde por sus “actos propios”: hubo participación consciente de todos ellos en el acto lesivo y responde cada uno de sus propios actos. Luego en el plano en que se sitúa el motivo, la correcta aplicación habría sido, según los hechos acreditados, la del artículo 1902 del Código civil, y no la del 1903. Es por ello desacertado basar unas alegaciones en una relación contractual del recurrente don Luis del Olmo, cuando, como ya se indicó, ello es indiferente cuando lo que se reclama es una indemnización por daños morales contra determinadas personas que actuaron con autonomía jurídica y de hecho fuera de toda relación contractual con los perjudicados.»

Responsabilidad por riesgo derivado de la utilización de determinados medios: emisoras radiofónicas.—«Se creó, en definitiva, por la cooperación de los demandados una situación de riesgo para terceros que se materializó en los daños causados por una emisión radiofónica, con base todo ello, más que en responsabilidad culposa, en la creación de aquel riesgo originador asimismo de responsabilidad cuando la lesión de exterioriza, riesgo consiguiente al manejo de medios como emisoras radiofónicas susceptibles de causar daños por las noticias que desde las mismas se emiten.»

Lesión del derecho al honor: efecto vejatorio para un cónyuge de la acusación de infidelidad proferida por terceros contra su consorte.—«Los hechos acreditados, [...], revelan indudablemente una acusación de infidelidad conyugal del demandante, hombre casado, hechos que no han sido controvertidos ni impugnados en el recurso. De estos hechos deriva inconcusamente un efecto vejatorio para la esposa, prescindiendo de la intención de quien se manifestó verbalmente al

respecto; y, en el aspecto legal, el Código civil consagra el deber de los esposos de respetarse mutuamente y guardarse fidelidad (arts. 67 y 68); además, es causa de separación la infidelidad conyugal y la conducta deshonrosa (injuriosa o vejatoria) (art. 82.1), y, por último, es causa de desheredación del cónyuge la infidelidad conyugal, traducida en incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales (art. 855.1). En definitiva, no cabe duda que la atribución a uno de los cónyuges de una conducta de infidelidad hacia su consorte infringe esos preceptos que señalan consecuencias y la imposición de deberes derivados del matrimonio. Por consiguiente, la esposa del demandante, también demandante es indudable que resulta afectada sensiblemente por las intromisiones en el honor de su cónyuge en las circunstancias reveladas en los autos.»

Criterios jurídicos para calificar como lesiva del derecho al honor la atribución a terceros del mantenimiento de relaciones extramatrimoniales. Alcance de los usos deportivos sociales en este ámbito.—«El motivo segundo [...], acusa la infracción del art. 2.1 de la citada Ley Orgánica, en cuanto se estima ahora que no implica intromisión alguna en el honor e intimidad personal del demandante Sr. Clemente las manifestaciones atribuidas a uno de los demandados, y se alude a la permisividad actual de relaciones sexuales fuera del matrimonio y una supuesta desvalorización del matrimonio en el ámbito legislativo y que las expresiones proferidas están dentro de los usos sociales deportivos. Alegaciones todas ellas inadmisibles. Por un lado, es evidente que la Constitución vigente continua considerando el matrimonio base de la familia basada en él y confiere su protección jurídica a esta institución básica (arts. 32.1 y 39.1); de tal modo que sería contrario a la dignidad personal que el texto constitucional proclama (art. 10.1), considerar cuestión carente de importancia la relativa a la protección de los deberes conyugales que el Código civil, como se ha visto, establece, y su contravención implicaría falta de respeto a la ley, que el mismo texto constitucional exige (art. 10.1). Por último nada tienen que ver con los usos “deportivos sociales” las manifestaciones que se atribuyen al demandado Sr. Pérez Mariñas, ni las mismas son justificables en ámbito alguno, pues se refieren a relaciones personales del demandante y afectan a su esfera reservada, ajena a las prácticas y cuestiones deportivas. Por ello este motivo decae igualmente.»

Discrecionalidad del Juzgador en la valoración del daño moral. Concepto de daño moral.—«Por último, el motivo cuarto de este recurso [...], se basa en la infracción del art. 1106 del Código civil, por estimar que no hay ningún hecho concreto que justifique la concesión de una indemnización al demandante y recurrido, ya que no hay motivos para ello. Se trata, como expresa la demanda y no se ha discutido en litis, de la reclamación de indemnización por daños morales debidos a actuación extracontractual de los demandados frente al perjudicado. En la reclamación de daños morales por ofensas al honor, la valoración de daños corresponde hacerla al Juzgador conforme a las exigencias de la equidad, por lo que no puede ser suficiente causa para su desestimación su falta de determinación pecuniaria, habiendo de valorarse por el Juzgador de modo discrecional, sin sujeción a pruebas de tipo objetivo y en atención sólo a las circunstancias del caso concreto, ya que el daño moral (según sentencia de 26 de junio de 1984) es el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual producido en casos como el debatido por agresión

directa al acervo extra patrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, a la honestidad), y su reparación no va dirigida a cubrir una pérdida material, sino a producir en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado (sentencias la citada y la de 31 de mayo de 1983).» (STS 23 de julio de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—El conocido entrenador deportivo Javier Clemente y su esposa demandan a Radio Popular, S.A. (Cadena COPE), Luis del Olmo y Jesús Pérez Mariñas. A juicio de los actores, en el programa «Protagonistas» de la citada emisora se habfan realizado manifestaciones contrarias a su honor y lesivas de su intimidad personal y familiar. El Juzgado condena solidariamente a Luis del Olmo y Jesús Pérez Mariñas al pago de dos millones de pesetas en concepto de indemnización por los perjuicios morales inferidos. Apelan los periodistas y los actores estimando en parte la Audiencia el recurso de los últimos en el sentido de extender a la Cadena COPE la sanción indemnizatoria mencionada. Los recursos de casación interpuestos por Luis del Olmo y la COPE no prosperan. (R. G. S.)

3. Criterios penales: parámetros interpretativos para la fijación por la jurisdicción civil del contenido del derecho al honor.—«[...] Es doctrina de esta Sala la de que el honor protegido en sentido genérico por la Constitución, y además por la Ley 1/1982, de 5 de Mayo y el Código Penal, en el epígrafe “De los delitos contra el honor” comprende en este último texto, tanto la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, como toda expresión profunda o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona, aspectos éstos que, aún cuando no vinculan al orden jurisdiccional civil, sí le sirven como módulo hermenéutico para fijar el contenido de dicho derecho fundamental.»

Lesión del derecho al honor a través de los medios de comunicación.—«[...] El derecho al honor puede verse atacado, lesionado o vulnerado por la divulgación a través de los medios de comunicación e información, de actos, hechos, noticias, etc., relativos a personas, que pueden afectar, tanto a su propia estimación, como a su esfera familiar (STS 23 marzo 1987).»

Límites de la libertad de información: distinción entre los hechos y su valoración.—«[...] Tiene igualmente proclamado el Tribunal Constitucional que la libertad de información, al menos la que incide en el honor de las personas privadas, debe enjuiciarse sobre la base de distinguir, radicalmente, a pesar de la dificultad que ello comporta en algunos supuestos, entre información de hechos y valoración de conductas personales, y sobre esta base, excluir del ámbito justificador de dicha libertad las afirmaciones vejatorias para el honor ajeno, en todo caso innecesarias para el fin de la información pública, en atención al cual se garantiza su ejercicio (STS 27 octubre 1987).»

Límites de la protección del derecho al honor: conducta de quien alega su vulneración.— «No mejor suerte habrá de merecer el motivo tercero [...] que denuncia inaplicación de la norma contenida en el art. 2.º de la repetida Ley 2/1982, de 5 de Mayo, en cuanto que la conducta de la víctima es límite a la protec-

ción del derecho al honor, y ello tanto porque no consta que esta conducta que fue declarada judicialmente no merecedora de sanción penal, pueda ser reputada como provocadora del atentado contra el honor, cuanto que, como ya hemos anticipado, se procedió por el órgano informador a una innecesaria y vejatoria calificación delictiva de la conducta del recurrido, que no era necesaria para la información y que en modo alguno puede considerarse justificada por los actos que pudiese haber realizado el recurrido, máxime cuando, repetimos, no llegaron a ser declarados delictivos por los órganos judiciales competentes.»

Cuantificación del daño: competencia de la Sala de instancia.—«[...] La cuantificación de los daños es función reservada a la Sala de Instancia, que no puede ser revisada en casación sino cuando se revisen los parámetros tenidos en cuenta para proceder a la fijación de la indemnización, al amparo del ordinal 4.º por error de hecho en la apreciación de la prueba [...]» (STS 11 de octubre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Un periodista imputa al demandante en la instancia la comisión de un delito de estafa comprobándose posteriormente su autoría por el actor. El Juzgado declara la intromisión ilegítima en el derecho al honor del así inculpaado. La Audiencia estima parcialmente la apelación modificando el «*quantum*» indemnizatorio. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R. G. S.)

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

4. Enriquecimiento injusto.—La noción «sin causa» es la primordial en la teoría del enriquecimiento injusto, pues se pretende corregir adjudicaciones patrimoniales antijurídicas, y lo decisivo no es la relación directa entre ambos patrimonios, sino la existencia de un vínculo de conexión suficiente entre el patrimonio supuestamente enriquecido y el que ha sufrido la pérdida.

HECHOS.—El Tribunal Supremo estima el recurso de casación, modificando la sentencia de la Sala de instancia, en el sentido de añadir a las pautas establecidas por ella y por el Juzgado para la liquidación de la sociedad irregular de los litigantes, como gastos computables a efectos de fijar el saldo, unos emolumentos, sueldo o salario a favor del recurrente equivalentes a los que reciba en la localidad un encargado, gerente o director de establecimiento de hostelería similar al litigioso, y por todo el tiempo en que realizó de modo exclusivo esas funciones. (STS 6 octubre de 1990; ha lugar.) (J. B. D.)

5. Vicios de la causa.—Si bien es cierto que, como afirma el recurrente, los contratos sin causa o con causa ilícita o falsa no fundados en otra verdadera y lícita no producen efecto alguno, según el texto del artículo 1275 y 1276 del Código civil, es lo cierto que, aparte la irrevocabilidad de esta normativa con la que establece la presunción de causa cierta y lícita —art. 1277 del Código— sólo es ejercitable la acción de nulidad, conforme a lo dispuesto en el artículo 1302 del propio

Ordenamiento, y con mayor razón la del artículo 1111 del mismo, además de por los obligados por el contrato por los terceros a quienes perjudique o puedan ver sus derechos burlados o menoscabados por la relación contractual, pero no por los extraños a tal situación, según una constante doctrina de este Tribunal que va desde las lejanas de 23 de septiembre de 1895, 18 y 19 de abril de 1901, 23 de noviembre de 1903, a las de 26 de noviembre de 1946, 11 de abril de 1953, 31 de marzo de 1959 y 26 de octubre de 1965. (STS 5 noviembre de 1990; no ha lugar.) (J. B. D.)

6. Clausula Penal: Facultad Moderadora: No revisible en Casación.— Es doctrina pacífica y reiterada la de que el precepto contenido en el art. 1154 C.c. constituye un mandato para el Juez en el sentido de moderar equitativamente la pena, voluntariamente pactada por los contratantes, cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida; así, establecido en la sentencia recurrida que la empresa demandada, cuando finalizó la obra, había cumplido en parte o de manera irregular una de las obligaciones principales, ello lleva indefectiblemente a la modificación de la pena según criterios de equidad y apreciando discrecionalmente las circunstancias concurrentes, no siendo revisible en casación el ejercicio de la facultad moderadora, o la apreciación de la cuantía en que deba moderarse, sobre todo cuando, como en el presente caso, la sentencia de instancia hace un juicio valorativo basado en apreciaciones reales de las que se deduce ese principio de equidad. (Sentencia de 23 octubre 1990; no ha lugar.) (G. G. C.)

7. Litisconsorcio pasivo necesario. Relatividad de los contratos. Eficacia refleja.—Es doctrina constante de esta Sala la de que el litisconsorcio pasivo necesario pretende la finalidad de integrar en el proceso a todos cuantos, por razón del derecho discutido o por el alcance de la resolución que se dicte, pueden verse afectados, con objeto de evitar resoluciones contradictorias y siempre que tenga el presunto litisconsorcio necesario un evidente y legítimo interés, pero no basta con que los efectos que se produzcan hacia un tercero sean de carácter meramente reflejo, habiendo así mismo declarado la jurisprudencia que si los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, cuando se trate de su resolución, solo es preciso demandar a los que los otorgaron y no a los que no han tenido personal intervención en él ni se ha estipulado nada a su favor.

Acción pauliana. Presupuestos de ejercicio.—Se consigna expresamente la estimación de la acción rescisoria, con base en la conclusión de que no es necesario acreditar un «*animus nocendi*», siendo suficiente que el deudor sepa o se percate de que, con el acto realizado no le quedan bienes bastantes para el pago de sus acreedores, lo que, según se dice, se constató por la propia manifestación en el acto del embargo.

Subsidiariedad de la acción rescisoria.—En modo alguno puede entenderse necesario que, como vía previa a la rescisoria, se reclame judicialmente a quien carece de la cualidad de deudora de tales cambiales, siendo, por el contrario, acreedora inicial del crédito cuyo impago dio lugar a la rescisión acordada, crédito que, por descuento de las repetidas cantidades, se transmitió a la actora. (STS 23 de octubre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—El Banco Español de Crédito solicita la rescisión de lo que en la demanda se califica de contratos de compraventa, otorgados por su deudora, la Sociedad Cooperativa limitada de viviendas. El Supremo mantiene tal calificación, si bien el acto cuya rescisión se pide se refiere a las adjudicación de las viviendas a los socios de la cooperativa, lo que según el art. 155 de la LGC no tiene la consideración de venta. Es más, a algunos socios que habían vendido las viviendas adjudicadas a terceros (se supone que de buena fe) se les exige directamente la indemnización de daños y perjuicios al amparo del art. 1298 C.c. En Primera instancia se aprecia la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por no haberse demandado al librador de las letras descontadas en el Banco demandante, pero la Audiencia revoca esta decisión, estimando la demanda de rescisión con la consiguiente cancelación de las inscripciones causadas en el Registro de la propiedad, así como la indemnización referida. No ha lugar al recurso. (I. G. P.)

8. La jurisdicción competente en los pactos de no competencia.—Cuando el «pacto de no competencia» o de «no concurrencia desleal» surja a la vida jurídica como consecuencia exclusiva o como parte integrante de un contrato laboral, por ser ésta la única relación jurídica existente entre las partes, el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas del supuesto incumplimiento de dicho, pacto en cuanto regulado el mismo en la preceptiva contenida en el art. 21.2 de Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo), corresponde a la Jurisdicción Laboral, no ocurre lo mismo cuando el expresado pacto tiene su causa principal y determinante en un contrato mercantil de disolución de una sociedad existente, como es el caso que nos ocupa, aunque simultáneamente se pacte una subsiguiente relación laboral entre las dos personas que eran socios y dejan de serlo, pues al predominar la etiología mercantil del mencionado pacto, aunque inserto en un contrato de naturaleza mixta, aparece incuestionable la pertenencia a esta Jurisdicción Civil del conocimiento de las cuestiones litigiosas derivadas del mencionado pacto de no concurrencia, al haber surgido éste a la vida jurídica, como consecuencia directa y principal, no de una estricta relación laboral, sino de un contrato de naturaleza mixta, lo que no impide que esta Jurisdicción Civil pueda tener en cuenta y aplicar la normativa de dicho «pacto de no competencia», contenida en el citado art. 21 del Estatuto de los Trabajadores.

Presupuestos necesarios para la validez del pacto de no competencia.—En los términos en los que aparece estipulado, se está refiriendo a la actividad profesional que el demandado no podrá realizar después de haberse extinguido el contrato de trabajo que le ligaba con el demandante, pues la prohibición de concurrencia desleal, durante el iter obligacional del mismo, se halla insita «ex lege» (artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores) en la propia esencia de la relación laboral, partiendo, de dicho supuesto, la eficacia «ex post contractu» (una vez extinguida dicha relación laboral) del mencionado pacto se halla inexcusablemente condicionada, dada la evidente limitación que supone para el derecho fundamental al trabajo (art. 35 de la Constitución Española), por la exigencia legal, que expresamente establece el apartado 2 del art. 21 del Estatuto de los Trabajadores, de que «se

satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada», requisito que no aparece cumplido en el presente supuesto.

Imposibilidad de aplicación de la equidad como medio para suplir requisitos exigidos por la Ley.—En el «pacto de no concurrencia», la compensación económica adecuada a la prohibición de trabajar, al extinguirse su relación laboral, sin cuyo requisito no puede desplegar su eficacia el expresado pacto, dada la restricción que entraña para el derecho constitucional al trabajo, y sin que, por otra parte, sea jurídicamente admisible acudir al criterio moderador de la equidad (artículo 3.2 del Código civil) para deducir o suplir la concurrencia de un requisito expresamente exigido por la ley. (STS 6 de noviembre de 1990; ha lugar.)

HECHOS.—La parte demandante había constituido una sociedad con el demandado, que pasado un tiempo deciden disolver. En el documento en el que ambos hacen constar la disolución, convienen también que la empresa pasará a ser propiedad exclusiva del demandante y en compensación a lo que, en su día, aportó el demandado al capital social se le entrega una cantidad de dinero. Además, acuerdan que el demandado continuará prestando sus servicios como trabajador en la mencionada empresa y suscriben un pacto de no competencia. Con posterioridad, el demandado comenzó a prestar sus servicios como trabajador en otra empresa diferente a la del demandante, aunque dedicada a la misma actividad comercial. Esta circunstancia, motivó que se promoviera demanda para que se declarara la resolución del pacto de no competencia y se condenará al demandado a pagar una indemnización por el incumplimiento del pacto. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la totalidad de la demanda, pero la Audiencia Territorial estimó parcialmente el recurso de apelación, y condenó al demandado a pagar una cantidad de dinero en concepto de indemnización. El demandado interpuso recurso de casación. (E. S. M.)

9. Prestamos: Novación modificativa: Error contable: Anatocismo no pactado.—Dos años después de efectuado el préstamo por la entidad bancaria, se realiza de común acuerdo una liquidación de cuentas, reconociéndose en escritura pública el saldo deudor, por lo cual la primitiva cuenta quedó modificativamente novada y sustituida por las nuevas estipulaciones convenidas; con referencia a la escritura modificativa es necesario reconocer que la suma entregada en concepto de amortización no fue contabilizada en la forma convenida, ya que se aplicó a una cuenta única en la que se iban acumulando el capital y los intereses, de forma que éstos iban produciendo intereses sobre intereses sin que se hubiera pactado el anatocismo.

Inaplicabilidad del art. 1124 C.c. al préstamo.—El error contable en que ha incurrido la entidad bancaria, de imputación de los pagos a distintos conceptos no desmiente el hecho cierto y constatado de existir un crédito impagado por los demandados de más de cuarenta millones de ptas., al finalizar el plazo contractual; no puede aplicarse el art. 1124 pretendiendo que la entidad bancaria ha incumplido sus obligaciones pues dicho precepto sólo se aplica a las obligaciones recíprocas y

el préstamo es un contrato unilateral, y, por otra parte, el Banco cumplió la obligación que le incumbía entregando el capital prestado.

Solidaridad en las obligaciones: Doctrina general.—La obligación solidaria presupone una pluralidad de sujetos, activos, pasivos o mixtos, una unidad de objeto, una duplicidad en las relaciones obligacionales, tanto vinculantes externamente entre los acreedores y el deudor, o entre el acreedor y los deudores, como internamente de unos y otros entre sí, y, finalmente, una identidad de la causa común obligacional; la unidad de la prestación hace a la misma indivisible, sin posibilidad de fraccionar el crédito o la deuda, de forma que se debe la totalidad o se es acreedor del todo.

Pago hecho por uno de los deudores solidarios: Subsistencia de la solidaridad.—El pago realizado por uno de los deudores y su esposa, a espaldas de los demás, puede entenderse como extinción parcial de la deuda solidaria, o bien como una renuncia del Banco a la solidaridad respecto a ambos deudores, o como una condonación o remisión de la deuda correspondiente a los mismos; pero en cualquiera de las soluciones que se adopte ha de mantenerse la solidaridad de los restantes deudores frente al acreedor común, e incluso, en algunos casos, el mantenimiento interno de esta solidaridad frente a los mismos compañeros.

Incongruencia.—Según constante doctrina de esta Sala, la congruencia ha de estar referida a la conformidad que ha de existir entre la sentencia y la pretensión, o las pretensiones, que constituyen el objeto del proceso, y existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensión procesal, no está sustancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los súplicas de los escritos rectores del proceso, y no en los razonamientos y argumentaciones que se hagan en los mismos. (STS de 10 julio 1990; no ha lugar en parte.)

HECHOS.—En 1982 el Banco A. otorga un préstamo superior a 97 millones de ptas. a cuatro prestatarios, interviniendo sus respectivas esposas como garantes solidarios del cumplimiento del contrato; incumplidos los plazos de devolución, en 1984 se llega a un acuerdo transaccional, fijándose el saldo deudor, un nuevo cuadro de amortización, con elevación del interés en medio punto, con intervención de todas las personas que concertaron el primer préstamo en calidad de «obligados directos, principales y solidarios», constituyéndose determinadas hipotecas con autorización de venta con aplicación de su importe al pago de la deuda. En 1985 uno de los deudores con su esposa suscribe un convenio particular con el Banco asumiendo la obligación de abonar el 42% del principal e interés para lo cual entrega dinero y letras aceptadas. En 1986 el Banco reclama a los demás deudores la deuda pendiente, siendo estimada en ambas instancias, si bien el recurso de casación se declara haber lugar en parte. Aparte el error contable recogido en el extracto y lo referente al anatocismo, se matice, con acierto, la solidaridad. (G. G. C.)

10. Interpretación de los contratos: Dualidad: compraventa de vivienda y de plaza de garaje: No hay indivisibilidad de la prestación.—El negocio cele-

brado entre las partes no permite ser calificado cual un sólo contrato en sentido estricto y reflejo de una sola obligación indivisible, en cuanto que lo realmente querido fueron dos convenios, referidos a la vivienda y al local comercial, suscritos en una misma fecha, con especificación e individualización del precio correspondiente a cada finca, siendo entregadas en fechas diferentes; siendo de advertir que aunque en los documentos se alude a «local comercial» es correcta la deducción de la sentencia apelada que la configura como «plaza de garaje», como lo corroboran otros documentos de las partes y la prueba de reconocimiento judicial y testifical.

Compraventa de local destinado a plaza de aparcamiento:—Al no especificarse en los contratos iniciales el destino del «local comercial», no era posible limitar su interpretación a los simples términos de su redacción, como previene el art. 1281, razón que imponía la necesidad de acudir a remedios interpretativos complementarios, como fueron los correspondientes a la intención de los contratantes, siendo acertada la apreciación del Tribunal, al igual que la del juzgador de instancia, de estimar el destino cual el propio de un plaza de aparcamiento.

«Aliud pro alio»: Incumplimiento contractual: No se aplica el régimen del saneamiento por vicios:—El local comercial adquirido lo fue en función de la utilidad que pudiese representar como plaza de aparcamiento de vehículos, y la total ineficacia para tal destino dió lugar a un claro incumplimiento contractual, habiendo declarado la jurisprudencia inaplicable a este supuesto de entrega de cosa diversa o *aliud pro alio* el plazo semestral que señala el art. 1490 C.c. para las acciones edilicias. (Sentencia de 26 de octubre 1990; no ha lugar.)

NOTA.—Con alegación de unidad contractual y su gratuita deducción de prestación indivisible, pretendían los recurrentes que la conformidad de los compradores a la entrega del piso se extendiera a la plaza de aparcamiento. El T.S. rebate, con acierto, tal argumentación y pone de relieve que la mera simultaneidad cronológica de dos contratos no implica unidad ni indivisibilidad de las prestaciones que, por otra parte, aparecían perfectamente diferenciadas.

Calificar a uno de los objetos vendidos de «local comercial» no ha impedido a ninguna de las instancias judiciales entender que lo vendido había sido una plaza de garaje, respecto de la cual se aplica la conocida doctrina jurisprudencial del «*aliud pro alio*» y no la del saneamiento por vicios ocultos; en realidad lo vendido era absolutamente inidóneo para el fin pretendido pues la plaza de aparcamiento resultaba inaccesible para los vehículos procedentes del exterior. A este respecto el T.S. recoge las siguientes afirmaciones de Juez: «Con el sistema actual de la construcción, en el que suelen venderse los inmuebles a edificar sobre planos, ya que todas las unidades, cada una dentro de su clase (pisos y locales) no ofrecen ninguna diferenciación, entrando, prácticamente, en el ámbito de las prestaciones genéricas». La afirmación se sitúa, modestamente, en el plano de la realidad económico-social, sin avanzar cuestiones dogmáticas; pero merece recogerse en apoyo de la corriente doctrinal favorable a admitir obligaciones genéricas que recaigan sobre inmuebles. (G.G.C)

11. Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.—La viabilidad de este motivo de casación requiere a tenor del art. 1693 de la Ley procesal civil «que se haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia en que se hubiere cometido y que, de haberlo sido en la primera instancia, se reproduzca en la segunda, requisito éste que no fue cumplido por los hoy recurrentes, sin que pueda entenderse que los demandados recurrentes en casación no tenían interés en personarse en el recurso de apelación en tiempo hábil para solicitar la subsanación de las faltas procesales cometidas en la primera instancia al haberles sido favorable la sentencia recaída en esta instancia.

Error en la apreciación de la prueba.—Lo pretendido por la parte recurrente es que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración del material probatorio obrante en autos que sustituya o complete la realizada por la Sala sentenciadora, ello con olvido de la naturaleza de este extraordinario recurso de casación que no es una tercera instancia, sin que en este motivo puedan aducirse cuestiones jurídicas citando preceptos legales que se entiendan infringidos como, con evidente incorrección procesal determinante de inadmisión, se hace por la parte recurrente.

Novación extintiva.—Respecto a la extinción del contrato de compraventa celebrado en documento privado en 1982 y su sustitución por el celebrado en escritura pública en 1983, ha de tenerse en cuenta la constante doctrina jurisprudencial según la cual la incompatibilidad entre una y otra obligación determinante de la novación extintiva ha de ser apreciada por el Juez atendidas las circunstancias.

Prueba de confesión.—La literalidad del art. 1232 C.c. pone de manifiesto que la vinculación del Juez al resultado de la prueba de confesión sólo se produce cuando el hecho confesado sea perjudicial para el confesante, mientras que si la confesión es favorable al que la emite está sometida a la libre valoración por el Juzgador y carece de todo carácter privilegiado sobre las demás pruebas.

Resolución. Voluntad rebelde al cumplimiento.—La doctrina jurisprudencial reciente ha venido a matizar el concepto de voluntad rebelde al cumplimiento de su obligación, a efectos de la resolución del art. 1504 C.c., aclarando que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar tal incumplimiento, bastando que pueda atribuirse una conducta voluntaria —y no sanado por una justa causa que la origine— obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó.

Incumplimiento resolutorio. Cuestión de hecho y de derecho.—El cumplimiento o incumplimiento por parte de los contratantes es una cuestión fáctica, cuando ello depende sólo de que se hayan realizado omitido determinados actos, si bien puede constituir también una cuestión de derecho cuando la base para la determinación del incumplimiento esté, más que en los actos ejecutados, en la trascendencia jurídica de los mismos. (STS 21 julio 1990.; ha lugar.)

HECHOS.—El vendedor de un local pide la resolución del contrato de compraventa al amparo del art. 1504 C.c. tras el oportuno requerimiento

notarial de resolución, así como, la retención de las cantidades entregadas a cuenta del precio en concepto de indemnización de daños y perjuicios. En primera instancia se desestima la demanda, que, sin embargo, prospera en apelación. El T.S. casa la sentencia de la Audiencia, fundamentalmente por considerar que no se da un incumplimiento resolutorio, a pesar de los muchos defectos que observa en la defensa preparada por la parte recurrente y las, a modo de amonestaciones dirigidas al letrado, lo que le hace desestimar la mayoría de los motivos por defectos formales, sin entrar en el fondo. De manera señalada se produce así en el cuarto fundamento de Derecho que examina tres submotivos referidos a prueba de presunciones, interpretación de contratos y novación extintiva. (I. G. P.)

12. Retracto de comuneros. Plazo de ejercicio. *Dies a quo*: perfección de la venta.—No se comparte, como especifica la Sala «*a quo*», que hasta que no se consumó esta adquisición a través de la escritura pública otorgada en 16-6-1987 e inscripción posterior en el Registro no debía iniciarse el cómputo de los nueve días establecidos por el repetido precepto. Tanto se parta de la prescripción general sobre la constitución o nacimiento de los contratos según lo dispuesto en el art. 1258 C.c., como se acuda, particularmente, a la sanción sobre la constitución de la venta que se recoge en el art. 1450 C.c., no puede tener acogida la disociación entre esa perfección y esa consumación, porque remitiendo el art. 1524 al dato de que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta, dicha venta o dicho contrato de compraventa existe desde que el mismo se perfecciona y la perfección ha de ceñirse a cuando se da la concurrencia de los elementos esenciales del contrato, y a la que, sin más, equivale que después de una subasta judicial se efectúa la cesión y adjudicación al demandado.

Cómputo del plazo para el ejercicio del retracto. Conocimiento anterior a la inscripción en el Registro.—No es procedente la hemenéutica legal de la recurrida en el sentido de que ha de computarse el inicio del plazo desde la inscripción en el Registro, pues la tesis de esta Sala es que la computación del plazo de nueve días para ejercitar el retracto contando a partir de la inscripción de la venta en el Registro sólo juega cuando no conste que el retrayente, aquí colindante, tuviera conocimiento de la enajenación desde la fecha anterior; el art. 1524 C.c. no excluye la posibilidad operativa vinculante de un previo conocimiento extrarregistral, a partir del cual debe realizarse el cómputo y evitar la arbitrariedad de quien, no obstante saber y conocer la transmisión, espera la inscripción registral y a su amparo formal ejercitar un derecho ya justamente precluido por no haberlo hecho cuando pudo y debió hacerlo. (STS 30 octubre 1990; ha lugar.)

HECHOS.—El retracto de comuneros ejercitado por los actores fue rechazado en primera instancia mientras que la Audiencia Territorial revoca la sentencia por estimar que la demanda de retracto se presentó dentro del plazo legal de nueve días que exige el art. 1524 C.c. desde que se conoce la *consumación* de la transmisión. El T.S., sin embargo, admite el recurso de casación, fundamentalmente por considerar que el plazo legal de caducidad ha de contarse desde que los retrayentes conocen el perfeccionamiento de la venta, no desde que ésta se consuma y menos

desde la inscripción en el Registro. Hay que tener en cuenta que en el supuesto no se trataba de una compraventa, sino de un auto judicial de adjudicación de una participación en el inmueble, y se trata de ver si el plazo para el ejercicio del retracto se ha de contar desde la fecha del auto de adjudicación o desde que se otorga a favor del rematante la escritura pública.

NOTA.—La sentencia gira en torno a la interpretación del art. 1524 del C.c. que establece el plazo dentro del cual cabe el ejercicio del retracto de comuneros, con referencia a dos hechos: inscripción en el Registro y conocimiento de la venta. Lo que se plantea en esta sentencia son dos cuestiones: de un lado, saber si lo decisivo a efectos de cómputo del plazo es el conocimiento en sí o la inscripción en el registro. El segundo problema es determinar cuál sea el objeto del conocimiento: la perfección de la venta o la efectiva adquisición (en virtud de tradición).

Respecto al primer tema, se declara la relevancia de un conocimiento anterior a la inscripción en sí, con lo que la presente sentencia recoge una doctrina jurisprudencial abundante en este sentido, de manera que lo decisivo es la prueba de dicho conocimiento. El plazo para ejercitar el retracto siempre se contará a partir del mismo. Y, con independencia de conocimiento efectivo, en todo caso a partir de la inscripción de la transmisión efectuada en el Registro de la Propiedad. Sobre este primer extremo puede decirse que se sigue una doctrina jurisprudencial consolidada y reflejada en muchas sentencias, de las que se citan en el tercer Fundamento de Derecho las de 3-10 y 21-11-1981, 31-10-1988, 30-1-1989 y 21-3-1990.

Pero lo que acaso ya no resulte indiscutible sea la interpretación que en este caso se atribuye a la expresión «venta» del art. 1524, como objeto del conocimiento del retrayente y a efectos de ejercitar su Derecho. La tesis del Supremo en esta ocasión es la de referir dicho conocimiento al perfeccionamiento de la venta, y de los hechos se deduce claramente que la venta en sí (en el caso, la adjudicación en subasta en calidad de ceder el remate a tercero) tuvo lugar en abril del año 1987, resultando asimismo probado que el retrayente tuvo perfecto conocimiento de la adjudicación y de todo lo concerniente a los extremos de la misma, pues incluso dirigió una carta al adjudicatario interesándose por la compra de la participación que se le había adjudicado. Sin embargo, la escritura pública no se otorgó hasta el 16 de junio y el retracto se ejerce el día 26 de junio.

No obstante, referir, como aquí hace el Supremo, el «*dies a quo*» (para el ejercicio del retracto) al día en que la venta se perfecciona, prescindiendo de que se haya consumando o no, quizá pueda contrastarse con los presupuestos que una constante jurisprudencia anterior ha venido exigiendo para el ejercicio mismo del retracto. Conforme a esta Jurisprudencia, precisamente la diferencia, o una de las diferencias, entre retracto y tanteo, es que el primero sólo puede tener lugar una vez que la transmisión se ha

consumado a favor del adquirente, de modo que el retrayente dirige su acción contra quien ya es propietario (v. en tal sentido ALBALADEJO, *Derecho civil III-2.º*, 6 ed., 1989 p. 360). Si se admitiera tal conclusión (lo que tampoco es indiscutido), parece que antes de tal consumación procede el derecho de tanteo. De modo que si aplicamos esta orientación jurisprudencial a nuestro caso, resulta que los comuneros, por mucho que tuvieran perfecto conocimiento de la venta y de todos los extremos de la misma, no podrían retraer hasta que se produjera la consumación (en el caso, el otorgamiento de escritura a favor del adquirente). En teoría, antes de este momento sólo cabe el tanteo, más como es sabido la ley sólo concede (al menos según la literalidad del art. 1522) a los comuneros retracto. Con lo cual resulta difícil que pueda empezar a correr el plazo de caducidad para el ejercicio del retracto cuando todavía no concurren todos los presupuestos necesarios para el ejercicio de este derecho.

En definitiva, si seguimos literalmente la argumentación del Supremo, el plazo de caducidad para el ejercicio del retracto se cuenta desde la perfección de la venta, sin que deba esperarse hasta la «consumación» o efectiva transmisión al adquirente. Repito que tal conclusión pudiera discutirse por las razones que se acaban de exponer. Y, sin embargo, en el caso presente el resultado final de no admitir el retracto por caducidad del plazo de ejercicio parece acertado, pero quizá pudiera aducirse un argumento distinto. Como se ha dicho más arriba, para el ejercicio del retracto no basta perfección del contrato, sino efectiva adquisición, lo que no tendría lugar hasta que se realice la tradición a favor del adquirente. En nuestro caso, se trata de una adjudicación en subasta judicial, y podría aplicarse la doctrina jurisprudencial (V. Albaladejo, *ob. cit.*, vol. 1, p. 85), según la cual dicho auto equivale al otorgamiento de escritura pública. De manera que podría considerarse caducado el plazo para retraer teniendo en cuenta que con el auto de adjudicación se ha consumado al iter adquisitivo del rematante, de manera que no se trata simplemente de equiparar el auto al contrato ya perfecto (que es lo que hace aquí el T.S.), sino a la efectiva transmisión de la propiedad mediante tradición instrumental. (I.G.P.)

13. Contrato de obra: Reclamación de cantidad; Sanación de la mora.—

La purgación o cesación de la mora se produce por la renuncia expresa o tácita del acreedor a los beneficios que de ella derivan, y se entiende renunciada tácitamente la mora cuando después de haber incurrido en ella el deudor, concede sin reserva alguna un nuevo plazo el acreedor para que la obligación se cumpla; circunstancias que se dan en el presente caso al admitir el pago tardío y haber renovado cambiales en sustitución de las primitivamente documentaba el pago, por lo que, no es de aplicación al caso el art. 1100 C.c.

Fuerza mayor exoneratoria: Prueba: Días inhábiles para la construcción: Baja laboral padecida por operarios: El certificado expedido por el Alcalde de la localidad sobre la existencia de días inhábiles para la construcción en determinado período de tiempo no puede ser tomado en cuenta al ser, a estos efectos, documento

no auténtico y emanar de funcionario incompetente, aparte de tratarse de circunstancia que podía haber sido prevenida por las partes cuando contrataron la ejecución de la obra en una población de montaña en la que habitualmente se producen bajas temperaturas y nevadas; mientras que la baja laboral padecida por los operarios encargados de colocar la pizarra en el tejado, sí que ostenta la virtualidad exoneratoria que pretende el constructor al revestir las características de imprevisible e inevitable.

Actos propios.—La inadmisibilidad de venir contra los propios actos constituye técnicamente un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, derivado del principio de buena fe y, particularmente, de la exigencia de observar — dentro del tráfico jurídico— un comportamiento coherente, siendo sus presupuestos que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior, circunstancia que no concurre pues lo reconvinientes, nueve meses antes de la interposición de la demanda denunciaron la no terminación de la obra, procediendo a una liquidación teniendo en cuenta la cláusula penal pactada y el saldo a favor de la constructora, limitándose a exigir el pago del saldo que a su favor arroja aquélla; no es de extrañar que al ser demandados exigiéndoseles el importe total de las cantidades retenidas, opongán como excepción y reconvengan para que se declare el derecho a percibir el citado saldo resultante; en consecuencia, la conducta de la parte reconviniente ha sido, antes y durante el proceso, coherente. (**Sentencia de 3 de noviembre 1990**; no ha lugar.) (G. G. C.)

14. Contrato de obra: Responsabilidad por ruina: Plazo de garantía y de prescripción de la acción.—Como tiene declarado esta Sala en ss. de 11 octubre 1974, 17 julio y 4 diciembre 1989, una cosa es el plazo de garantía (no de prescripción ni de caducidad), que establece el párr. 1.º del art. 1591 C.c., dentro del cual forzosamente ha de producirse la ruina o exteriorizarse el vicio ruinógeno para que pueda nacer la acción reparatoria que dicho precepto concede, y otra distinta es el plazo de prescripción de la referida acción, una vez nacida dentro de dicho plazo de garantía, la cual se halla sometida al plazo prescriptivo general de quince años, que establece el art. 1964 C.c., siendo el *dies a quo* de dicho plazo prescriptivo la fecha en que se produjo la ruina o se manifestó el vicio ruinógeno, conforme a la doctrina de la *actio nata* que proclama el art. 1969 del mismo cuerpo legal.

Concepto de ruina.—Es doctrina reiterada y pacífica de esta Sala la de que el concepto de ruina que utiliza el art. 1591 C.c. no debe entenderse reducido al supuesto de derrumbamiento o destrucción total o parcial de la obra, sino que hay que extenderlo a aquellos defectos de construcción que, por exceder de las imperfecciones comunes o corrientes, impliquen una ruina potencial que hagan temer su pérdida, o la inutilicen para la finalidad que le es propia, entre los que se incluyen por la doctrina de esta Sala los desprendimientos de las placas o ladrillos de una fachada, grietas y filtraciones de agua y la inadecuada impermeabilización, que son precisamente los vicios constructivos que presenta el edificio litigioso. (**Sentencia de 15 octubre 1990**; no ha lugar.)

NOTA.—Siendo tan clara la doctrina jurisprudencial, razonablemente expansiva, a propósito de la responsabilidad por vicios de la construcción

ex art. 1591 C. c., parece poco razonable llegar hasta el T.S. frente a una sentencia condenatoria, salvo con un propósito exclusivamente dilatorio. A destacar la ratificación de la mayoritaria doctrina jurisprudencial sobre el plazo de quince años para la prescripción de la acción, frente al plazo anual que una minoritaria corriente jurisprudencial y también doctrinal, seguimos manteniendo. Debe advertirse que el plazo corto parece más conforme con las directrices comunitarias (aunque no coincida con ellas). (G.G.C.)

15. Contrato de compraventa: Sistema de calefacción de suelo radiante: Deber de informar al contratista y arquitecto de la obra: Responsabilidad por defectos en el pavimento.—La sociedad suministradora del sistema de calefacción por suelo radiante informó a la constructora de las características de interés del mismo, el cual había sido contratado por el dueño de la obra; es de tener en cuenta que, por muy sofisticado e inusual que fuera dicho sistema de calefacción, su desconocimiento sería incompatible con el grado de pericia media, mínima incluso, que habría que atribuir a cualesquiera arquitecto, superior o técnico, y contratista, sin olvidar tampoco que la vendedora cumplió correctamente su prestación principal y ningún defecto se apreció en la calidad de los elementos del conjunto que vendió o en la colocación de los mismos; de aquí que el Tribunal *a quo* haya infringido por inaplicación el art. 1101 C.c., puesto que no es posible imputar a la empresa vendedora algún tipo de negligencia o contravención en el cumplimiento de sus obligaciones, y pretender lo contrario, imponiéndola una intensa obligación accesoria y complementaria, supondría la exigencia de una diligencia muy superior a la que correspondería al buen padre de familia de que habla el art. 1104.

Contrato de obra: Fisuras en el pavimento correspondiente al sistema de calefacción.—Se declara probado que las fisuras constituyen el adecuado efecto, principalmente, de la retracción del mortero por exceso de cal y mala dosificación de cemento y arena, conjunto de factores que hacían previsible importantes repercusiones sobre la cerámica empleada, y también del agarre excesivamente rígido o solidario del pavimento con el soporte de mortero, así como de la ausencia de juntas térmicas de dilatación que, aunque no exigidas en atención a la superficie de la edificación, hubieran colaborado, en la situación de peligro creada por aquellas con causas, a evitar o disminuir el mal previsible.

Responsabilidad solidaria de todos los intervinientes en la construcción.—Al no poder conocerse la influencia causal de cada uno de los sujetos en la producción de las fisuras, no puede pretenderse una individualización de las responsabilidades correspondientes a cada uno de los profesionales que intervinieron en las obras llevadas a cabo en el inmueble.

Efectos del contrato de compraventa en el de obra y de servicios.—Conocedores, el Arquitecto y el Aparejador, antes de llevarse a cabo la instalación, de la decisión del propietario de instalar en su edificación el sistema de calefacción por suelo radiante, sin formular protesta o reserva de clase alguna, al haber quedado bajo sus conocimientos técnicos sometida la obra que iba a incorporar la innovación, debieron cumplir sus obligaciones profesionales según el módulo de pericia,

teniendo en cuenta la modificación, por más que al no estar definida en el proyecto de ejecución no generó contraprestación; las fisuras aparecieron en el pavimento de las distintas plantas y sobre los tubos de calefacción instalados por operarios de la vendedora, la constructora colocó la capa de mortero y el pavimento de grés, lo que significa que al ser competencia de la constructora la colocación del pavimento, ello repercutía a su vez en la correlativa competencia del Arquitecto técnico al estar comprendida la ordenación y dirección de la ejecución material de las obras e instalaciones y el cuidado de sus control práctico, a tenor del Decreto de 19 febrero 1971 sobre facultades y competencias de los Arquitectos Técnicos.

Responsabilidad del arquitecto técnico por fisuras en el pavimento.—No puede decirse que el Arquitecto técnico hubiera quedado al margen del contrato de compraventa e instalación del sistema de calefacción de suelo radiante, ni tampoco del arrendamiento de obras o servicios pues, precisamente, en virtud del arrendamiento que le vincula con el dueño de la obra es por lo que intervino en la colocación del pavimento; a tenor del citado Decreto de 1971 le corresponde inspeccionar los materiales a emplear, dosificaciones y mezclas, exigiendo las comprobaciones, análisis necesarios y documentos de idoneidad precisos para su aceptación, así como, ordenar la elaboración y puesta en obra de cada una de sus unidades, comprobando las dimensiones y correcta disposición de los elementos constructivos; en consecuencia, el Arquitecto técnico cumplió deficientemente su función de vigilancia de los trabajos del contratista, ante la innovación introducida, así como, la calidad de los materiales, las dosificaciones y mezclas, los cuales resultaron inadecuados al sistema de calefacción elegido por el dueño.

Costas en primera instancia.—Se ha infringido por la Sala el art. 523 L.e.c. pues para el caso de estimación o desestimación parciales, dispone en su segundo párrafo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiera méritos par al imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad, lo que aquí no ocurre. (**Sentencia de 13 de julio 1990**; ha lugar en parte.) (G. G. C.)

16. Recurso de casación: Error de hecho.—Es doctrina reiterada y constante que la casación no es una tercera instancia que permita un nuevo examen de toda la prueba practicada; el art. 1707 L.e.c. exige que los documentos que sirvan de apoyo al error de hecho han de señalarse de manera suficiente para que sean identificados, ha de concretarse cual sea el hecho erróneo y cual ha de sustituirlo, de suerte que este último se desprenda de modo claro, *per se*, de la simple lectura del documento, sin necesidad de interpretaciones, inferencias, deducciones o labor hermenéutica alguna (heterosuficiencia) porque no corresponde a este cauce procesal la valoración de la prueba; a estos efectos no tienen carácter documental, ni la demanda ni los escrito de las partes; ninguna influencia puede atribuirse al simple error material en la redacción del acta de la Junta de Propietarios sobre la fecha de la reunión, ni las modificaciones en la numeración del edificio que es potestad del Ayuntamiento, pues aunque cambie el número, el edificio tiene que ser el mismo.

Derecho de defensa.— Uno de los significados del verbo transitivo «rebatir» implica rechazar o contrarrestar, y si la Sala de instancia consideró que los argu-

mentos vertidos por el Juzgado no eran contrarrestados con eficacia por las alegaciones realizadas por las partes en el acto de la vista, nada más tenía que razonar, al hacer suyos los del Juzgado, acertados, cual se desprende de cuanto se vienen exponiendo en la apelación.

Falta de motivación.—La parquedad o brevedad en el razonamiento no implica falta de motivación siempre que de los considerandos se desprendan los presupuestos que llevan al fallo o parte dispositiva e incluso, refiriéndose a las excepciones, que al absolver o condenar no es preciso hacer pronunciamiento expreso sobre todas las excepciones, porque siempre que se estima la acción se entienden desestimadas, por el mismo hecho, las excepciones de los demandados.

Diligencias para mejor proveer.—No es estimable la denuncia de no haberse acordado diligencias para mejor proveer tanto en la primera como en la segunda instancia, dado que, al constituir facultad de los jueces y tribunales, ello no es discutible en casación, como lo revela la expresión «podrán» del art. 340 L.e.c.

Legitimación del presidente de la comunidad general.—El Presidente de la comunidad general representa en el exterior a la comunidad de bienes Garaje-Jardín, actuando los presidentes de las comunidades particulares con simple carácter funcional en el ámbito interno, recaudando las cuotas.

Contrato de obra: vicios ruinosos: filtraciones en garajes.—Se declara probado que las filtraciones de agua han tenido lugar por la falta de impermeabilización adecuada, causando daños en la parte del garaje existente bajo los jardines, coincidiendo las humedades con la existencia de las juntas de dilatación o en las zonas de la pantalla perimetral que separa el sótano de los edificios contiguos; las humedades localizadas en las juntas de dilatación tienen su origen, o bien en una defectuosa solución constructiva de las mismas, ya que se encuentran deficientemente selladas, o bien porque la capa de impermeabilización no respeta las juntas; las humedades localizadas en las proximidades de la pantalla perimetral tienen sus orígenes en el hecho de que la capa de impermeabilización no monta la suficiente en el borde de la pantalla, siendo también posible que se encuentre partida en el cambio de plano del parámetro del forjado; todo lo cual íntegra el concepto de ruina del art. 1591 C.c.

Responsabilidad solidaria en la construcción.—Según la jurisprudencia, cuando se reconoce la responsabilidad de la entidad constructora en concurrencia con la atribuida a los arquitectos, aparejadores y promotores, sin individualización del grado cualitativo y cuantitativo asignable a cada uno, se genera un módulo de responsabilidad solidaria entre todos ellos, denominada impropia o por necesidad, que tiende a la salvaguarda de un interés social, sin perjuicio de que los responsables solidarios delimiten entre sí la que acrediten que respectivamente les incumbe; sólo procede aplicar el art. 1137 C.c., cual específica la s. de 7 junio 1989, cuando, según las pruebas, la responsabilidad de los partícipes en la obra se halla individualizada; no se pretenda que en casación se individualicen y se cuantifiquen esas cuotas, que ni siquiera entre los demandados se han atrevido a asignarse a sí mismos ni a los demás, y que tampoco pudo realizar la Audiencia aunque tuviera a la vista el proyecto.

Responsabilidad del aparejador.—El Aparejador participa en la dirección de la obra, y como técnico que es debe conocer las normas tecnológicas de la construcción, advertir al arquitecto de su incumplimiento y vigilar que la realidad constructiva se ajuste a la *lex artis*, que en modo alguno le es ajena, de modo tal que como ha declarado la jurisprudencia (ss. de 9 octubre 1981, 22 noviembre 1982, 13 febrero 1984 y 15 julio 1987) no es mero ayudante del arquitecto sino que, por su carácter técnico, actúa con cierta autonomía. (S. de 5 octubre 1990; no ha lugar.) (G. G. C.)

17. Contrato de obra. Responsabilidad decenal. Vicios de proyección y de construcción. Legitimación activa.—Si bien el adquirente de un piso puede postular directamente contra el constructor, ello no es óbice, para que de la naturaleza de los derechos de índole puramente obligacional y lo dispuesto en el artículo 1257 del Código civil el primero y fundamentalmente legitimado para formular estas reclamaciones es el comitente o dueño de la obra sobre efectos liberatorios para el contratista de ser atendidas sus reclamaciones extrajudicial o judicialmente.

Delimitación de responsabilidades del constructor y del arquitecto.—Al quedar su responsabilidad (la del constructor y la del contratista) perfectamente delimitada no entra en juego la solidaridad, que sólo se aplica en los supuestos en que el suceso dañoso ha sido provocado por una acción plural y no puede precisarse la proporción en que cada uno de los factores han influido en la misma, ocasionada por la conjunción de causas.

HECHOS.—Producidos unos vicios de construcción y de proyección, la Audiencia, revocando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, condena al constructor y al arquitecto director de la obra. Ambos recurren en casación, además de los actores. No prosperan sus recursos ante el Tribunal Supremo. (STS 7 de julio de 1990; no ha lugar.) (J. B. D.)

18. Responsabilidad decenal. Solidaridad.—Establecida por la Sala de instancia la causa de la ruina funcional del edificio con atribución exclusiva de la misma al promotor y al arquitecto director de la obra sin que se haya podido especificar cualitativa y cuantitativamente esa responsabilidad personalizada en función de la implicación de cada uno de ellos en el proceso de ruina funcional, es clara la existencia de una responsabilidad solidaria entre ellos.

HECHOS.—La Comunidad general de propietarios y la Comunidad de uno de los bloques del complejo urbanístico formularon demanda contra el arquitecto, los aparejadores, el promotor y el contratista. La Audiencia Territorial, revocando parcialmente la sentencia de la primera instancia, dictó otra, por la que condena al arquitecto y al promotor a la ejecución de determinadas obras. Para la sentencia recurrida, los vicios y defectos de construcción del complejo urbanístico consisten en la falta de aislamiento o impermeabilización de las fachadas. Los vicios o defectos aparecidos en el edificio son imputables única y exclusivamente a la actuación del arquitecto-director de la obra y a la promotora del edificio que proyec-

taron y consintieron el cambio del proyecto inicial, adoptando para el cerramiento de las fachadas una solución que se ha manifestado como inadecuada y productora de los daños acreditados. (STS 20 de octubre de 1990; no hay lugar.) (J. B. D.)

19. Sociedad civil. Falta de personalidad jurídica.—La responsabilidad de los demandados descansa, lisa y llanamente, en la consideración de que procedieron en sus relaciones comerciales con la demandante, contratando personal y directamente sin que a la hora de la exigencia de las responsabilidades contraídas quepa interponer un supuesto ente social cuya existencia y pactos no fueron públicamente conocidos con la consiguientes falta de personalidad jurídica independiente — artículo 1669 del Código civil— ni se hizo saber a la sociedad demandante.

HECHOS.—Los demandados adeudaban a la sociedad demandante una determinada cantidad, como consecuencia de la compra de mercaderías. A juicio de los demandados, las relaciones comerciales a que se refería la demanda se habían entablado por la entidad actora con la sociedad civil que ellos formaban. El Juzgado de Primera Instancia condenó a los demandados al pago de las cantidades que adeudaban, confirmando este fallo la Audiencia y el Tribunal Supremo. (STS 30 de octubre de 1990; no ha lugar.) (J. B. D.)

20. Sociedad civil irregular: Régimen jurídico: Según tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 22 diciembre 1926, 24 marzo 1952, 7 febrero 1964 y 11 noviembre 1966, al estar las sociedades irregulares carentes de personalidad jurídica, por permanecer sus pactos secretos entre los socios, tal como establece el art. 1699 C.c., se rigen en cuanto a terceros por las normas de la comunidad de bienes; en el presente caso se reconoce la existencia de la Sociedad irregular Camping J. formada por los socios Don Jesús M.^a A., Don José Ignacio A. y el matrimonio formado por Don P. S. y D.^a M.^a del Carmen I., siendo los dos primeros titulares de forma indivisa del 20% de dicha sociedad y el matrimonio del 80% restante.

Rendición de cuentas y liquidación.—Se declara la obligación del matrimonio demandado de rendir cuentas de dicha sociedad irregular desde el 31 diciembre 1983, fecha de cierre del último balance, hasta la actualidad; asimismo, la de pagar los demandados a los demandantes, en base a aquélla el 20% de los beneficios obtenidos por la sociedad.

Recuperación de aportaciones sociales: Distinto régimen según carácter divisible o indivisible.—Si bien la doctrina jurisprudencial, y últimamente la s. de 20 de marzo 1982 establece que cada uno de los socios puede, reclamar lo que del pacto social se derive, sin afectar a terceros y, por tanto, conservar la propiedad de sus aportaciones, ello hay que entenderlo en el sentido de que se trata de aportaciones societarias que mantengan independencia, o sea, con posibilidad de desligarlo del ente físico-social constituido, pero no, como en el presente caso ocurre, cuando la aportación quedó integrada en lo que físicamente forma la sociedad, cual es el camping, con sus correspondientes edificaciones que lo configuran, pasando a for-

mar parte del patrimonio social a todos los efectos, pues en tal supuesto se produce una situación de cosa indivisible, por su naturaleza o función económica, dado que el Camping es una unidad integrada por terreno y elementos en él edificados, que por aplicación del art. 400 C.c. sólo posibilita, salvo convenio de adjudicación a uno de los socios indemnizando a los demás, que la liquidación se lleve a efecto mediante su venta y reparto del precio entre los socios en la proporción cuantitativa que les corresponda; en cambio, procede recuperar la aportación de un millón de ptas. realizada por dos de los socios, al no estar afectada por la indivisibilidad aludida, aunque sin abono de intereses al haber sido adscrita tal suma a la sociedad, y consiguientemente a su destino en beneficio del ente social y, por tanto, de todos sus socios.

Relaciones jurídicas ente miembros de sociedad irregular: Compraventa en documento privado: Carácter fiduciario.—De la prueba practicada se deduce que la compraventa contenida en el documento privado de 1 septiembre 1980, sobre el terreno en que está asentado el Camping, realizada por dos socios al matrimonio, es irreal y tiene mera finalidad fiduciaria para el logro del crédito con que garantizar la concesión, pues es absurdo que los pretendidos compradores actúen en posteriores actividades jurídicas manteniendo el reconocimiento del dominio en quien alega haberle vendido, y que en ellas en manera alguna se invoque dominio con base en el citado documento privado, cuyo precio no se hizo efectivo, cuya circunstancia no tiene razón de ser si en realidad la posesión del terreno cuestionado no respondiese a una relación jurídica diferente; interpretación que se corrobora por la circunstancia de haberse otorgado entre las mismas partes con anterioridad un contrato de arrendamiento con opción de compra, que tampoco tuvo efectividad, y por el dato de que los supuestos compradores no se amparan en el documento privado al ser requeridos de desalojo.

Presunción de onerosidad.—La cesión de un terreno para camping, con entrega de dinero, con una serie de avales otorgados por dos de los socios en favor de los restantes, tanto frente a instituciones de crédito como a prestamistas particulares, con colaboración personal de los actores y su familia en los trabajos del Camping, con balances de explotación hasta cierta fecha suscritos también por los actores, genera una evidente presunción de onerosidad en las relaciones de los intervinientes cuando no hay motivos personales que justifiquen un título lucrativo o de liberalidad. (**Sentencia de 11 octubre 1990**; ha lugar.)

NOTA.—Asunto complejo, como casi siempre que se precisa liquidar una sociedad civil irregular debido a las dificultades probatorias; en el presente caso resulta determinante el testimonio de un miembro que dejó de pertenecer a la sociedad. Parece acertado calificar de *fiducia cum amico* el documento privado en torno al cual gira principalmente el debate procesal, si bien se advierte alguna vacilación en su calificación jurídica al denominársele también simulado. No parece del todo clara la diferenciación de aportaciones a efectos de su restitución *in natura*: ¿puede afirmarse que el dinero entregado —también se dice prestado— conserva su individualidad en el patrimonio social? Más que precisiones técnicas parece que se ha buscado una solución equitativa ante una situación abusiva

prolongada en el tiempo. En todo caso, la presente sentencia enriquece la variada casuística de la sociedad civil irregular. (G. G. C.)

21. Contrato de mediación o corretaje. Caracteres y normas que lo regulan.—El contrato de corretaje o mediación, aunque no regulado expresamente en las leyes civiles, es un contrato con sustantividad propia, calificado de innominado «facio ut des», principal, consensual o bilateral que se rige por los títulos I y II del libro IV del Código civil y por las disposiciones relativas al contrato de mandato.

Regulación por normas administrativas.—La existencia de una reglamentación administrativa no altera la naturaleza de contrato de Derecho civil que tiene la mediación o corretaje en todas sus variedades, sometidas o no a reglamentación administrativa, puesto que esta última no señala en ningún caso la nulidad de los contratos realizados en contravención a la misma (como sería al amparo del art. 6, n.º 3 del Código civil), y las formalidades que en aquella reglamentación se señalan evidentemente no afectan tampoco a la obligatoriedad y existencia de los contratos, sino que representan únicamente, como da a entender la sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1968, garantías jurídicas de las transacciones, siempre sin perjuicio de las sanciones de carácter administrativo que en su caso sean aplicables.

HECHOS.—El demandante reclamaba una determinada cantidad, en concepto de honorarios, por haber intervenido en la contratación de una obra de construcción de viviendas de protección oficial. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia revocó el fallo por entender que no se acreditó de modo fehaciente la intermediación del demandante en el contrato de obra. Recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de la Audiencia Territorial, confirmando la dictada por el Juzgado. (STS 6 de octubre de 1990; ha lugar.) (J. B. D.)

22. Contrato de fianza.—Es definido por el Código civil, como aquel por virtud del cual «se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo este», aclarándose seguidamente que «el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Si se hubiera obligado a más, se reduciría su obligación a los límites de la del deudor» (arts. 1822 y 1826). La entidad bancaria presta fianza al contratista hasta una suma determinada «para responder de la obligaciones derivadas del cumplimiento de un determinado contrato», siendo indispensable examinar las obligaciones contraídas en ese contrato, y constatar el incumplimiento y las responsabilidades que se derivan.

HECHOS.—Los actores pretendían que una entidad bancaria, avalista de un contratista, pagase por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de obra existente entre los actores y el contratista; los demandantes amparaban su reclamación de cantidad en una cláusula contractual que establecía un plazo de ejecución de la obra y una pena convencional para el supuesto de una demora por causas imputables al contratista. Se consideró que el retraso en la ejecución de la obra no era impu-

table al contratista, sino al gran número de modificaciones hechas por los propietarios de las viviendas. La pretensión actora fue desestimada por el Juzgado, fallo confirmado por la Audiencia, no prosperando el recurso de casación. (STS 2 de octubre de 1990; no ha lugar.) (J. B. D.)

23. Culpa extracontractual: Accidente laboral: Sentencia penal absoluta: Vinculación de la jurisdicción civil.—Es reiterada doctrina de la Sala 1.^a que solamente vinculan a la jurisdicción civil las sentencias penales condenatorias, en cuanto a los hechos que declaran probados y que sean integrantes del tipo que definen y castigan, y las sentencias penales absolutorias cuando declaren la inexistencia del hecho del que la acción civil hubiera podido nacer.

Culpa de la empresa, por medio de sus representantes.—La sentencia penal absoluta, en el presente caso, no impide obtener la conclusión de que el accidente fue debido a la conducta culposa de la empresa, por medio de sus representantes al no haber dotado previamente a la máquina del dispositivo legalmente exigido y denominado «aparta-manos automático», con lo que se hubiera evitado la producción del resultado lesivo.

Culpa de la víctima: Compensación de las culpas.—Ha resultado suficientemente compensada una hipotética concurrencia de causas en la producción del daño por la propia moderación del *quantum* indemnizatorio, efectuada por el Juez *a quo*, al reducirlo de tres millones y medio a dos millones de pesetas, cantidad que se estima adecuada.

Cuantía indemnizatoria: No constituye doctrina legal ni es revisable en casación.—La cuantía indemnizatoria por culpa extracontractual que en cada supuesto haya tenido que fijar esta Sala al resolver el respectivo recurso, no constituye en modo alguno doctrina jurisprudencial general, que pueda ser invocada como soporte de un recurso de casación, pues la fijación del *quantum* indemnizatorio habrá venido siempre determinada por las particulares circunstancias concurrentes en cada caso concreto; por otra parte, la cuantificación del daño indemnizable, o su moderación, es función atribuida a los juzgadores de la instancia, cuya fijación no puede ser combatida en casación. (Sentencia de 19 octubre 1990; no ha lugar.)

NOTA.—Con carácter general merece destacarse que un accidente ocurrido en enero de 1984, se resuelve civilmente hablando en octubre de 1990, lo que supone un retraso nada desdeñable, agravado por la condición modesta del perjudicado; éste recibirá una indemnización retrasada y, además, en moneda devaluada. Descendiendo al detalle de la argumentación utilizada para rechazar el recurso cabe señalar la poco convincente doctrina sentada a propósito de la compensación de culpas, que viene a utilizarse como «comodín» que sirve para todo y permite eludir una mayor profundización en otros razonamientos. En efecto, el actor solicitaba tres millones y medio de indemnización por las lesiones consistentes en la amputación de dos dedos de la mano derecha, cantidad que en primera instancia se reduce a dos millones y que la Audiencia confirma; la

empresa condenada alega en casación la culpa del lesionado, por lo que solicita una reducción de la indemnización con base en la doctrina de la compensación de culpas; en el 2.º F.D. el T.S. niega la existencia de culpa en el perjudicado, pero añade —a mi juicio, innecesariamente— que en la hipótesis de que hubiera existido, ya se había tenido en cuenta en la sentencia de primera instancia; creo que no se puede justificar una rebaja efectiva con una culpa hipotética, aunque el demandante se conformó y la fijación del *quantum* indemnizatorio es facultad atribuida a los Tribunales de instancia; si se declara que no se ha probado la culpa de la víctima parece inadecuado suplir la argumentación que, al parecer, el Juez de 1.ª Instancia no dió. Todavía el recurso hacía hincapié en la cuantía de las indemnizaciones señaladas en tres sentencias de 1985 en supuestos similares al aquí resuelto, y que resultaban inferiores. La ausencia de tablas de indemnizaciones con valor general produce inevitables discordancias. ¿Cabrá un recurso de inconstitucionalidad por infracción del principio de igualdad? (G.G.C.).

5. DERECHO DE FAMILIA

24. Cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales.—Son de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por la explotación regular de negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge (número 4 del art. 1362 del Código civil), de cuyas deudas, contraídas por un cónyuge en el ejercicio de dicha actividad, respondan directamente los bienes gananciales (número 2 del art. 1365 del citado Código) y que cuando uno de los cónyuges ejerce el comercio con conocimiento y sin oposición del otro quedan los bienes gananciales sujetos a las obligaciones derivadas de tal ejercicio (art. 6 y 7 del Código de Comercio, a los que se remite el párrafo último del artículo 1365 del Código civil).

Mora del deudor. Intimación del acreedor.—El art. 1100 del Código civil prescribe que, salvo los dos supuestos de excepción que contempla, la mora del deudor se produce desde el acreedor le requiera judicial o extrajudicialmente para el cumplimiento de la obligación.

HECHOS.—Con base en un reconocimiento de deuda, hecho en documento privado, por D. Arsenio en favor de D. Antonio, éste dirige su demanda, en reclamación del pago de la deuda, contra D. Arsenio y contra su esposa. El demandante considera que dicha deuda es de cargo de la sociedad de gananciales. El Tribunal Supremo condena a la esposa de D. Arsenio, absuelta por el Juzgado y por la Audiencia. Asimismo, declara el Alto Tribunal nula (por leonina e ilícita) la cláusula que establecía la obligación de pagar una cantidad en concepto de intereses de la deuda principal. (STS 22 octubre de 1990; ha lugar.) (J. B. D.)

25. Fianza prestada por uno de los cónyuges en favor de tercero: bienes afectados (Ley 61 de la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra en la redacción anterior a la Ley foral 5/1987, de 1 de abril).—«Par-

tiendo del “*factum*” ya dicho, ha de constatarse que la cuestión suscitada en el proceso, pese a su hábil planteamiento por los actores no se reduce a determinar si prestada una fianza simple y genérica por uno de los cónyuges en favor de tercero, en su momento puede el acreedor, por su propia, exclusiva y unilateral decisión, tratar de hacer efectiva dicha fianza sobre bienes comunes de la sociedad conyugal (“bienes de conquista”, según la terminología foral navarra), pues si esa fuera estrictamente la cuestión litigiosa planteada como parece entender la sentencia recurrida, la solución de la misma habría de ser claramente negativa, como resuelve dicha sentencia, en el sentido de que el acreedor, no puede, por su propia y unilateral decisión, tratar de hacer efectiva la fianza sobre bienes comunes o “de conquista”, cualquiera que sea la naturaleza (mueble e inmueble) de éstos, pues así viene a establecerlo la Ley 61 del Fuero Nuevo de Navarra (en su redacción anterior a la Ley de 1 de abril de 1987), al prescribir que la fianza prestada en favor de tercero por uno solo de los cónyuges afectará exclusivamente a los bienes privativos de éste, y así lo tiene también proclamado la doctrina de esta Sala (Sentencia de 19 de Enero de 1987).»

Facultades dispositivas del marido sobre los bienes de conquista (Ley 86 de la Compilación de Navarra en redacción anterior a la Ley foral 5/1987, de 1 de abril.—«Pero el problema planteado en el litigio a que este recurso se refiere [...], no es el anteriormente apuntado, sino el de determinar si el esposo, al constituirse en fiador de un tercero, puede, por sí solo, pactar y autorizar expresamente al acreedor para que, llegado el momento de hacer efectiva la fianza, pueda proceder en nombre suyo (del esposo fiador), a la venta de unas acciones pertenecientes a la sociedad de conquistas formada por dicho fiador y su esposa, y de las que es depositario el propio acreedor. [...]. Partiendo del hecho incuestionable, ya dicho, de que D. E.S.V., al constituirse en fiador solidario de la entidad mercantil..., pactó y autorizó expresamente (cláusula segunda de la póliza de préstamo de fecha de 25 de agosto de 1983) al acreedor “Banco de Santander, S.A.” para que, llegado el momento de la efectividad de la fianza, pudiera proceder, en su nombre, a la venta por medio de Agente de cambio y Bolsa de las ya referidas acciones de carácter ganancial (“de conquista”), y aplicar el precio de dicha venta al pago de la deuda garantizada, la solución de la cuestión debatida, en los estrictos términos en que la misma ha quedado perfilada, ha de buscarse, no dentro del espectro normativo de la Ley 61 que, ante una fianza simple o genérica, prestada por uno de los cónyuges en favor de tercero, indudablemente prohíbe al acreedor, por su propia exclusiva y unilateral decisión, tratar de hacer efectiva la fianza sobre bienes comunes de la sociedad conyugal o “de conquista”, cualquiera que sea la naturaleza (mueble o inmueble) de tales bienes, pues éste no es el supuesto litigioso aquí contemplado como ya se ha dicho sino dentro del ámbito de las facultades dispositivas sobre dichos bienes, reguladas en la Ley 86, la cual (nos estamos refiriendo, repetimos, a la redacción anterior a la reforma por Ley de 1 de Abril de 1987, por ser la aquí aplicable) concede al marido la facultad de disposición “*inter vivos*” y a título oneroso de los bienes de conquista, con la única excepción de que no podrá enajenar, ni gravar, sin consentimiento de la mujer, bienes conquistados inmuebles, establecimientos industriales o mercantiles o sus elementos esenciales. Como dentro de dicho supuesto de excepción no se encuentran incluidos los títulos valores, a los que corresponde el tratamiento jurídico de las cosas muebles, es evidente que cuan-

do el Banco de Santander, en el año 1984, procedió a la venta de las acciones objeto de la litis, lo hizo estrictamente en cumplimiento de lo pactado con D. E.S.V., y de la expresa autorización concedida por éste, quién tenía facultades dispositivas para ello...»

Ley del contrato. Doctrina de los actos propios.—«[...] No le es dable al Sr. S. impugnar dicha enajenación, como hace a través del proceso del que este recurso dimana, sin vulnerar la ley del contrato (artículo 1091 del Código civil) y sin contravenir la doctrina de los actos propios, ello sin perjuicio de las acciones que a la esposa puedan corresponder contra su marido, si estima que éste realizó dicho acto dispositivo en fraude de sus derechos.» (STS 6 de octubre de 1990; ha lugar.)

HECHOS.—El Banco de Santander concede un préstamo a determinada entidad mercantil constituyéndose el administrador de ésta en fiador solidario. Se pacta además un derecho de compensación a favor del Banco respecto a las cuentas o depósitos que la empresa o sus fiadores tuvieran en cualquiera de sus dependencias bien a su nombre, bien solidaria o mancomunadamente con otras personas. Vencido el préstamo, el Banco hace efectiva la fianza vendiendo unas acciones pertenecientes a la sociedad de conquistas formada por el administrador y su mujer y depositadas en la propia entidad bancaria. El Juzgado condena al Banco a entregar al fiador igual número de acciones idénticas a las vendidas, lo que confirma la Audiencia. Ha lugar al recurso de casación.

NOTA.—Con carácter general sobre el tema objeto de la sentencia vid. RAGEL SANCHEZ, *Ejecución sobre bienes gananciales por deudas de un cónyuge* (Madrid, 1987). Sobre un supuesto similar al de la sentencia reseñada vid. la STS de 16 de febrero de 1987 y el comentario que con el título *Fianza y bienes de conquista* hace ARECHEDERRA en la «Revista de Derecho Mercantil» 183-184 (1987) 63 ss. (R. G. S.)

26. Objeto de prueba en las acciones de reclamación de filiación.—Para la resolución ha de partirse, como ya hicieron las sentencias de ambas instancias, de la convivencia del varón con la actora, de la realidad de las relaciones sexuales y de la negativa del recurrente a someterse a las pruebas biológicas sobre paternidad.

El principio de prueba en las acciones de reclamación de filiación: carácter procesal del art. 127 del Código civil.— El precepto es de naturaleza procesal, los defectos procesales se combaten en casación por el cauce del n.º 3 que contempla el quebramiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales; sería preciso demostrar que la falta procesal había producido indefensión, supuesto que no es el de autos pues cualquiera que fuere el grado de benevolencia del Juzgado al permitir que la demanda pasará el tamiz de admisión previsto por el legislador para evitar irreflexivas incoaciones de procesos, es lo cierto que el demandado tuvo oportunidad y utilizó cuantas defensas estimó oportunas y la propia realidad de los hechos probados demuestra la justicia de la demanda y su admisión.

Posibilidad de acumulación de la acción de filiación y la de alimentos.—No hay ninguna razón contenida en los arts. 153 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil para que el actor no pueda acumular las acciones ejercitadas, puesto que no son incompatibles entre sí. Que no son incompatibles se desprende de su propia naturaleza, deuda alimenticia que va inherente a la relación de paternidad o filiación que aquí se ejercita, y de tan percutoria satisfacción en ocasiones que la ley prevé cauces provisionales a través del art. 1609 y siguientes, pero que no impiden la vía declarativa bien para reclamarlos como derecho autónomo o como parte del contenido de la declaración de mayor entidad, como la patria potestad, la paternidad, el matrimonio, y aún prevé la satisfacción inmediata sin acudir al cauce del art. 1609, como ponen de manifiesto, entre otros, los artículos 128, 154, 158 del Código civil.

Valoración de la negativa a someterse a las pruebas biológicas de paternidad.—La negativa a colaborar al reconocimiento pericial, no siendo por sí mismo prueba suficiente de paternidad, adquiere el carácter de indicio fuertemente presuntivo y, no entrañando tampoco confesión, es un indicio de inestimable valor. (STS 23 octubre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Ejercitada por la madre la acción de reclamación de paternidad, solicitó a su vez que al demandado se le condenase a pagar la mitad de los gastos médicos ocasionados a lo largo del embarazo y parto, y también a la mitad de los alimentos debidos a su hija. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Territorial estimaron íntegramente la demanda. (E. S. M.)

6. DERECHO DE SUCESIONES

27. Error de hecho. Certificaciones administrativas.—Los documentos presuntamente demostrativos del error no tienen tal «naturaleza documental» a estos efectos casacionales, pues son unas certificaciones administrativas, lo que según reiterada y consolidada doctrina derivada de la Jurisprudencia de esta Sala, no son documentos a estos efectos (por todas, la Sentencia de 10-10-1988).

Testamento por comisario. Validez.—Es la modalidad testamentaria foral vasca que utilizó el padre de las partes de esta causa. Dicho testamento se funda en un otorgamiento anterior: el llamado poder testatorio, que es el que se otorga a favor de una persona para que disponga de los bienes del poderdante después de su muerte. Esta clase de testamento que tiene sus antecedentes en el Fuero Real de Castilla (Ley 7, Título V, Libro III), está prohibido terminantemente en el Código civil, al proclamar su artículo 670 el carácter personalísimo del testamento. Concretamente en Vizcaya el Fuero Viejo lo autorizaba muy ampliamente en su capítulo 127 y el Fuero de Vizcaya de 1526 también lo regula (Ley III, Título XXI). Siendo válido este testamento, no hay razón alguna para abrir la sucesión intestada, y por tanto, dar por válidas todas las operaciones efectuadas por el referido causante, pues aparte de respetar el contenido de la legítima como porción hereditaria, Ha utilizado correctamente los mecanismos del

poder testatorio que tenía otorgado por su mujer. (STS 15 octubre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Se discute la validez de un testamento por comisario que en 1958 redacta el cónyuge supérstite en virtud de poder testatorio mutuo y recíproco con las más amplias facultades dispositivas, que los cónyuges se habían otorgado en 1892. Esta forma testamentaria, prohibida por el Código civil, se admitió por el Derecho foral vasco, tal como era exigible con anterioridad a la Compilación de 30-VII-1959. La impugnación se basa en negar la condición aforada de los otorgantes, por no ser territorios forales los de su residencia. Mas este último extremo resulta incierto a la vista de las disposiciones aplicables al caso, todas del siglo pasado. En primera instancia y apelación se declara la validez del testamento. No ha lugar al recurso de casación (I.G.P.).

28. Interpretación del Tribunal de Instancia. Impugnación en casación.—La función hermeneútica de las disposiciones mortis causa, como tiene declarado una constante doctrina jurisprudencial, es exclusiva del Tribunal de Instancia, cuyas conclusiones no pueden ser eficazmente combatidas en casación, salvo en el supuesto de que puedan ser calificadas de ilógicas o contrarias a la Ley.

Fideicomiso. Purificación.—«Partiendo de la base de que por sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1958 se declaró al actor hoy recurrido heredero de la causante, y de que al alcanzar tal cualidad tenía la edad de testar, resulta lógico concluir que, por aplicación de la cláusula testamentaria de que el último de los hijos —cualidad esta a la que deben asimilarse los nietos— de la testadora, puedan disponer de la herencia a sus libres voluntades, hay que asignar al actor el carácter de heredero libre y no gravado, sin que el hecho de carecer de descendencia sea obstáculo alguno para ello ni contrarie a la intención de los causantes, ya que una interpretación distinta distorsionaría la voluntad del causante estructurando una cuasi-vinculación que determinarían un abusivo y desbordador el significado de aquella.» (STS 17 octubre 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor pide que se le declare heredero libre, por haberse purificado el fideicomiso establecido sobre los bienes que recibió, y se expida el mandamiento oportuno para que así conste sobre las fincas afectadas en el Registro de la Propiedad. Se oponen algunos parientes que alegan la subsistencia del gravamen y el deber de conservar tales bienes. En primera Instancia y Apelación prospera la tesis del actor. No ha lugar al recurso de Casación, al admitir el Tribunal Supremo la interpretación del Tribunal de Instancia. El sentido que prevalece se deduce del testamento en el que se establece una sustitución fideicomisaria a favor de los hijos de la testadora y sus descendientes, y que se dispuso para cumplir los gravámenes y condiciones del heredamiento otorgado por el padre de la testadora en las capitulaciones matrimoniales de ésta, otorgadas en 1866. El actor es nieto de la testadora e hijo de uno de los llamados sucesivamente para el caso de repudiar los hermanos mayores la herencia o morir sin descendencia. En el primer considerando se afirma que «poniendo en relación el testamento y las

cartas dotales, se aprecia que la voluntad de los otorgantes de estas capitulaciones o cartas es que la sustitución se purifique cuando la herencia llegue a un descendiente que esté en edad de testar, de forma que este puede disponer de la herencia como libre habida cuenta que la expresión de la testadora de que el último de sus hijos que sea heredero puede disponer libremente de la herencia es aplicable también a los nietos». (I.G.P.)

II. DERECHO MERCANTIL

29 Teleología del art. 20 de la Ley del contrato de seguro: intereses exigibles a la entidad aseguradora en caso de impago de la indemnización. Condiciones para la aplicación del precepto.— «La razón de ser del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro, obedece al deseo del legislador de un pronto cumplimiento de la obligación del pago de la indemnización, sancionado a la entidad morosa con el incremento de unos fuertes intereses; pero esta especie de “multa penitencial” sólo podrá exigirse cuando el impago obedezca a “causa no justificada o que le fuere imputable al asegurador”, condición que encuentra su interpretación auténtica en el último párrafo del art. 38 de la misma Ley, referido al seguro de daños donde se dice: “En el supuesto de que por demora del asegurador en el pago del importe de la indemnización devenida *inatacable*, el asegurado se viere obligado a reclamarlo judicialmente, la indemnización correspondiente se verá incrementada con el interés previsto en el Art. 20, que en este caso empezará a devengarse desde que la valoración devino *inatacable* para el asegurador..., etc.»

Liquidez de la deuda: condición para fijar los intereses moratorios. No es deuda líquida la correspondiente a una indemnización por daños y perjuicios.— «En este mismo sentido se orienta la doctrina de esta Sala afirmando, que es constante la jurisprudencia que asigna los intereses de mora sobre la base de deudas líquidas, cualidad que no puede ser atribuida a una deuda por indemnización de daños y perjuicios, cuya cuantía no consta de antemano, ni resulta de meras operaciones aritméticas, sino de criterios que deben ponderarse en aquella sentencia que constituye su acto de fijación (Sentencia 5.10 y 25.11.83; 3.11.1987; 9.2 y 18.10.1988).» (STS 30 de octubre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—El recurso se dirige contra el auto dictado en apelación por la Audiencia confirmando el del Juzgado. Este resolvía un procedimiento para ejecución de sentencia firme. En la sentencia se fijaba la indemnización por los daños derivados de un accidente de circulación con resultado de muerte. (R.G.S.)

30. Seguro individual de accidentes: invalidez permanente parcial: secuelas consolidadas.—Las lesiones producidas son consecuencia del vuelco de vehículo que conducía el asegurado, sin que se observe en los autos elementos que demuestren que el accidente fuera buscado de propósito por el lesionado; las secuelas ya consolidadas son de tipo principalmente neurológico consistentes en irratibilidad e inestabilidad emocional, falta de concentración y atención continuadas, deficiente control motor de los movimientos del brazo derecho, afectación de la extremidad inferior derecha incontinencia vesical con pérdida automática e involuntaria de la orina e impotencia *coeundi*; tales

lesiones no afectan al ejercicio de la profesión, ni le impiden continuar al frente de la empresa, aunque sí tendrá en ello molestias y dificultades, tal vez importantes, pero que no determinan un grado tal de ineptitud e impedimento que le obligen a abandonar de forma total y definitiva el ejercicio de la profesión de empresario de productos cíclicos a que se venía dedicando con anterioridad al accidente; pero tales lesiones constituyen una invalidez que no puede encuadrarse en la categoría de total, habida cuenta de que sus extremidades superior e inferior derecha experimentan, no una pérdida absoluta sino una mera disminución de su capacidad funcional, pues sólo engendran una invalidez permanente parcial y habrán de ser valoradas a fines indemnizatorios una por una, atendiendo a las reglas que formula la póliza.

Defectos procesales del recurso.—La prueba pericial no tiene carácter de «documento» a efectos del n.º 4.º del art. 1692 L.e.c.; la póliza suscrita entre las partes no tiene el carácter de «norma jurídica infringida» y en cuanto a la jurisprudencia, no se cita pormenorizadamente; no se demuestra que la interpretación del contrato de seguro hecha por la Sala sea ilógica o arbitraria, por lo que debe mantenerse.

Art. 20 de la Ley de 1980: Régimen especial para el caso de demora en la liquidación del siniestro.—En aplicación del art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro la sentencia condena al abono del 20% anual, particular impugnado en casación por ser indeterminado el *quantum* de la indemnización; pero en el presente caso la Aseguradora, desde que tuvo conocimiento del accidente, al menos diez meses antes de presentada la demanda, no hizo más que obstruir el señalamiento de la indemnización debida; el art. 20, que figura entre las disposiciones generales aplicables a todos los seguros, requieren simplemente que hayan pasado tres meses desde la producción del siniestro, tiempo que ha transcurrido sin que se haya acreditado causa justificativa del retraso o que no fuera imputable al asegurador en el presente caso; el art. 20 viene a representar un régimen especial para el caso de la demora en la liquidación del siniestro sin que se aplique el requisito de liquidez de la deuda que la jurisprudencia deduce del principio *in illiquidis non fit mora*, viniendo a representar una cláusula penal con tratamiento específico. (**Sentencia de 29 de octubre de 1990**; no ha lugar.)

NOTA: El demandante había contratado dos pólizas, una que cubría el riesgo de fallecimiento y la invalidez profesional y funcional, y otra individual de accidentes cubriendo la invalidez permanente total o parcial, definida en la misma póliza como la pérdida orgánica o funcional de los miembros y facultades del asegurado, cuya recuperación no se estime previsible, con una percepción máxima de 20 millones pts. Cabe pensar en un posible solapamiento entre ambas pólizas, tema no debatido en el pleito. La sentencia declara no indemnizables las lesiones sufridas, al amparo de la primera póliza, y sí en cambio incluidas en la cobertura de la segunda con asignación de la indemnización máxima prevista. La solución que parece buscar una línea de simplicidad, no deja de ser discutible. ¿Puede razonablemente sostener que sigue siendo apto para ejercitar una empresa una persona con secuelas consolidadas de irritabilidad e inestabilidad emocional, carente de concentración y atención continuadas? Por lo demás, es plenamente de aprobar la interpretación que se ofrece del art. 20 de la Ley de 1980, dirigido evidentemente a penalizar los abusos de las Compañías aseguradoras en sus tácticas dilatorias

para hacer efectivas las indemnizaciones a que contractualmente están obligadas (G.G.C.)

III. DERECHO PROCESAL

31. Terceria de mejor derecho: Preferencia crédito salariales: Requisitos: Carácter prescriptivo del plazo del año: «Dies a quo».—El plazo del año que establece el art. 32.6 de la Ley de 10 de marzo de 1980 es de prescripción y no de caducidad, pues, como ya indicó la sentencia de 28 de abril de 1986, la propia Ley contempló tanto las situaciones de prescripción como las de caducidad, circunstancia que se aprecia en su art. 59, del que se deduce que la regla general para los supuestos que regula es la prescriptiva, siendo de notar que el art. 32.6 utiliza el término prescripción para referirse al efecto que el trascurso del tiempo produce sobre los derechos de preferencia del crédito salarial a que se contrae señalando así que la institución legalmente querida es la de la prescripción; según reitera jurisprudencia el plazo del año del art. 32.6 del Estatuto de los Trabajadores está referido al ejercicio de la acción, que empezará a contarse desde el momento en que debió percibirse el salario, y que la preferencia queda definitivamente con el crédito cuando se ejercita reclamación ante la Magistratura de Trabajo dentro del año.

Carácter privilegiado del crédito salarial.—Resulta de la regulación que introduce el Estatuto de los Trabajadores en la sección dedicada al «Salario y garantías salariales», ya que su art. 32.6 acoge el crédito de los trabajadores terceristas y le confiere la condición de singularmente privilegiado y el goce de una preferencia sobre cualquier otro crédito a excepción de los créditos con derecho real en los supuestos en que, con arreglo a la Ley Hipotecaria, sean preferentes.

Anotación de embargo: Eficacia.—La anotación preventiva de embargo, practicada por mandatario judicial, tiene por finalidad principal el garantizar, con los bienes en que aquélla se realiza, las responsabilidades nacidas del crédito y que han de hacerse efectivas en el procedimiento adecuado, pero en manera alguna esa anotación modifica la naturaleza jurídica del crédito, ni convierte en derecho real sobre la finca anotada el personal que se trata de hacer efectivo en el juicio especial, ni atribuye por sí sola rango preferente al crédito objeto de la anotación respecto de los créditos, negocios u obligaciones preferentes, por lo cual el crédito de la entidad bancaria no puede prevalecer sobre el salarial de los terceristas. (Sentencia de 3 de julio de 1990; no ha lugar.) (G.G.C.)

32. Prueba de las obligaciones.—La violación del art. 1214, según reiterada doctrina de esta Sala (sentencias de 21 de diciembre de 1981, 14 de abril de 1982, 31 de octubre de 1983, 3 de diciembre de 1984, 24 de mayo de 1985, 5 de mayo, 24 de julio, 4 de octubre de 1986, 8 de noviembre de 1989, entre otras muchas), sólo es invocable cuando, ante la ausencia de prueba sobre un hecho concreto, el Tribunal sentenciador no haya tenido en cuenta la regla distributiva del «onus probandi» que dicho precepto contiene, al determinar la parte que haya de soportar las consecuencias de esa falta de prueba, pero nunca cuando, como ocurre en este supuesto litigioso, la Sala de instancia considera probados los hechos básicos de la acción ejercitada.

Casación por infracción de la jurisprudencia.—Una sola sentencia no constituye jurisprudencia a los efectos de poder servir de soporte a un motivo de casación por infracción de la doctrina jurisprudencial, como esta Sala viene sosteniendo con reiteración (Sentencias de 1 de marzo y 22 de noviembre de 1985, 14 de febrero y 10 de marzo de 1986, 12 de diciembre de 1988, 19 de mayo de 1989, entre otras muchas).

HECHOS.—Con base en una letra de cambio, y alegando ser tenedora legítima de la misma, la entidad «Fondo de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios» ejercitó, en vía ordinaria, la acción cambiaría en reclamación de su pago, contra una sociedad mercantil en calidad de aceptante y contra tres avalistas. La entidad mercantil demanda no compareció, siendo condenados por el Juzgado y por la Audiencia los tres avalistas, como deudores solidarios, debiendo pagar el importe de la cambial más los intereses legales desde la fecha de la reclamación judicial. No prospera el recurso de casación. (STS 4 de julio de 1990; no ha lugar.) (J.B.D.)

33. Naturaleza de las diligencias para mejor proveer.—Las diligencias para mejor proveer son actos de instrucción realizados por iniciativa del órgano jurisdiccional para formar su propia convicción sobre el material del proceso y que tales diligencias son totalmente ajenas al impulso procesal de parte y al principio dispositivo.

Reglas generales sobre diligencias para mejor proveer.—La mecánica de la prueba en las diligencias para mejor proveer se rigen por la norma específica del artículo 341 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el cual, es deber que las recomendaciones que se formula al Juzgador son de carácter admonitivo, al decir, que «el Juez o la Sala cuidará de que lo acordado se ejecute sin demora y adoptarán de oficio las medidas necesarias para ello», lo que supone que la aportación fuera del plazo fijado al efecto, no les invalida, de por sí, a los fines probatorios, desde el momento en que el Tribunal «a quo» las aceptó y tomó en consideración, sin haber dispuesto medida alguna contraria al respecto. (STS 8 de octubre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—La parte actora formuló demanda para que se les declarara propietarios de un edificio y cesaran los demandados en la posesión del referido inmueble al considerarlos precaristas como consecuencia de un traspaso incontentido. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en su totalidad. Sin embargo, la Audiencia Territorial estimó en parte el recurso de apelación de los demandados y declaró que los demandantes eran propietarios del edificio, pero los demandados estaban poseyendo el mismo concepto de arrendatarios en virtud de un traspaso que sí había consentido y los condenó a pagar a los actores la renta correspondiente a cinco años a contar desde la fecha del emplazamiento del proceso. Los demandantes interpusieron recurso de casación. (E.S.M.)

34.—Error en la apreciación de la prueba.—Se exige que el error de hecho probatorio denunciado aparezca evidenciado de modo directo, patente e inequívoco (literosuficiencia) por el documento o documentos invocados, quedado excluida de su ámbito toda posibilidad de hipótesis, conjeturas o deducciones.

Valoración de la prueba testifical.—El art. 1248 del Código Civil contiene sólo una norma admonitiva, no preceptiva, ni valorativa de prueba, y el mismo, así como el art. 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, facultan al juzgador de la instancia para apreciar libremente las declaraciones de los testigos según las reglas de la sana crítica, por lo que la valoración que haga del resultado de dicha prueba no es revisable en casación, al no hallarse las reglas de la sana crítica reguladas o consignadas en precepto alguno que pueda invocarse como infringido.

Carácter de la prueba por presunciones.—La prueba de presunciones tiene carácter supletorio y sólo debe utilizarse cuando el hecho dudoso no tenga demostración por pruebas directas, doctrina aplicable a este supuesto litigioso, en el que la Sala de instancia, tras la valoración de la prueba practicada en autos, alcanza la conclusión de que los pozos o sondeos no son propiedad del demandado.

Posibilidad de impugnar en casación la prueba de presunciones.—La posibilidad de impugnar en casación la no utilización por los juzgados de instancia de la prueba de presunciones sólo es permisible en supuestos de excepcionales, cuando partiendo de un hecho claramente constatado, del mismo haya de obtenerse necesariamente el hecho deducido, como consecuencia rigurosamente obligada e ineludible. (STS 5 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Los demandantes formularon demanda para que se les declarase propietarios de unos terrenos y de los sondeos abiertos en los mismos para la extracción de agua subterránea. Los demandados por su parte, plantearon reconvencción. El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda y en parte la reconvencción y declaró propietarios de los terrenos a los demandantes y a los demandados propietarios de los pozos o sondeos abiertos en dichos terrenos. Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial la revocó en parte, puesto que declaró propietarios de los terrenos así como los sondeos a los demandantes. Los demandados interpusieron recurso de casación. (E.S.M.)

35. En casación no procede hacer supuesto de la cuestión.—«En casación no procede hacer supuesto de la cuestión, dada la especial y extraordinaria naturaleza del recurso, que no puede basarse en argumentos que desconozcan los hechos establecidos en la instancia, si no han sido desvirtuados en forma adecuada (SS., por citar sólo algunas recientes, de 16 y 27 de enero; 13 de marzo; 13 de abril; 22,23 y 26 de mayo; 19 de junio; 4 y 13 de julio; 22 y 26 de septiembre; 8 de noviembre; y 15 de diciembre, todas de 1989), y aquí ni se ataca la apreciación probatoria con base en documento literosuficiente que obre en autos (cauce: n.º 4.º del art. 1692 de la LEC), ni su valoración con cita de precepto interpretativo cuya infracción se considere (error de derecho denunciabile por el n.º 5.º del propio art. 1692).»

La casación no es una tercera instancia.—«La casación no es una tercera instancia que permita al Tribunal revisar toda la prueba, ni establecer nueva secuencia valorativa (SS. de 1, 15 y 27 de febrero; 6 de marzo; 3, 6 y 17 de junio; 3 de julio; 27 de septiembre; 2 y 10 de octubre; 6 y 15 de noviembre; y 19 de diciembre, todas de 1989).»

Abuso de derecho. Incompatibilidad con la «justa causa litigantis».— «Aunque la apreciación del abuso de derecho constituya una cuestión jurídica, siempre resultará necesario que las premisas de hecho pongan de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) o subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) que lo determinan (SS. de 26 de abril de 1976 y 17 de marzo de 1984), lo que no se da en el presente caso, habida cuenta del incumplimiento grave y continuado, la rescisión del contrato y la falta de pago aún después de consumada la compraventa del inmueble objeto de la garantía, sin que ésta (la opción) se renovase siquiera, todo lo cual implica la existencia de una «justa causa litigantis» excluyente de toda idea de abuso (S. de 25 de junio de 1986), al existir una finalidad seria y legítima (S. de 5 de abril de 1986) y apoyarse la demandante en normas jurídicas reconocedoras de su derecho (las generales de los contratos y específicas de la opción), que impiden actué contra el criterio teleológico o finalista de las mismas o situarle, al proceder con pleno acomodo a ellas, en situación abusiva, antisocial o en situación carente de buena fe, dado que, precisamente acude al remedio que el legislador, y en este caso el contrato, le confieren (SS. de 16 de diciembre de 1987 y 12 de diciembre de 1988).» (STS 2 de noviembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia recurrida, confirmatoria de la primera instancia, analiza el ejercicio de una opción de compra junto con el incumplimiento contractual de un agente de seguros. La existencia de descubiertos imputables a éste da lugar a la negociación del pago de la deuda otorgando el agente a la compañía un derecho de opción de compra sobre una finca de la propiedad. Vigente la opción, el agente vende la finca a un tercero. Aún en plazo, la aseguradora ejercita su derecho. El agente alega en la casación abuso de derecho por el sorpresivo ejercicio de la opción de compra carente de fin o interés legítimo. (R.G.S.)

36. No cabe recurso de revisión frente a la sentencia recaída en un juicio ejecutivo por no reunir la condición de firme requerida a estos efectos.—«La primera cuestión que ha de resolverse [...] es la atinente a determinar si cabe o no recurso de revisión frente a la sentencia recaída en un juicio ejecutivo (sentencia de remate), cuestión ésta que ha de merecer una respuesta negativa, pues el artículo 1797 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo permite este excepcional y extraordinario recurso frente a una sentencia firme, o sea, contra la que ya no quepa medio impugnatorio alguno, condición de firmeza, en el sentido expuesto, que no es predicable de las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos, ya que estas sentencias, conforme establece el art. 1477 de la citada ley procesal, no producen la excepción de cosa juzgada, quedando a salvo su derecho a las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión, por lo que al disponer el aquí recurrente (demandado en el juicio ejecutivo) de la expresada posibilidad defensiva, no se ha producido la extrema situación justificativa de este excepcional recurso que, con criterio restrictivo, ha de quedar reservado para aquellos supuestos en que, frente a una sentencia firme, no quepa otro medio impugnatorio, como ya tiene declarado esta Sala en sentencia de 12 de Julio de 1988, en supuesto análogo al presente, en que se pretendió utilizar el recurso de revisión frente a la sentencia recaída en juicio interdicial.»

Alcance de la inhabilidad del mes de agosto. Computación del plazo de caducidad a que se somete la interposición del recurso de revisión.—«[...] Sin que pueda

ser atendible la razón [...] de que son inhábiles los días del mes de Agosto (art. 183 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), pues la inhabilidad de dichos días se refiere a las actuaciones judiciales, no a la computación de un plazo de caducidad, al no ser ésta susceptible de interrupción, aparte de que según el artículo 5 del Código civil, por el que se rige este plazo (Sentencia de esta Sala de 6 de abril de 1985) “en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles”, lo que comporta que para el cómputo del plazo de interposición del recurso de revisión no se han de descontar los días inhábiles, ni los del inhábil mes de Agosto (Sentencia de esta Sala de 22 de Diciembre de 1989), a cuya misma conclusión se llega, aún cuando dicho plazo estuviera sometido a la normativa procesal, pues, con arreglo a ésta, en el cómputo de los plazos señalados por meses, como es el que aquí nos ocupa, nunca se excluyen los días inhábiles, según establece expresamente el art. 305 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y reitera “a contrario sensu” el art. 185.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ...» (STS 20 octubre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—El Tribunal Supremo desestima el recurso extraordinario de revisión que se promueve contra la sentencia de remate recaída en un juicio ejecutivo. (R.G.S.)

37. Carácter extraordinario del recurso de revisión.—Del recurso de revisión, conviene decir que por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de la irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza, requiere que la interpretación de los supuestos que lo integran, hayan de realizarse con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, con quebrantamiento del principio de la autoridad de la cosa juzgada, sin que sea posible a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada.

Casos en los que procede el recurso de revisión: Las maquinaciones fraudulentas.—La maquinación fraudulenta precisa la prueba cumplida de hechos que, por sí mismos, evidencien que la sentencia ha sido ganada por medio de ardiles o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial, pudiéndose comprender bajo el término «maquinaciones fraudulentas» todas aquellas actividades de la actora que vayan dirigidas a dificultar y ocultar al demandado la iniciación del juicio con objeto de obstaculizar su defensa, asegurando así el éxito de la demanda.

Legitimación activa para interponer recurso de revisión.—Carece de legitimación activa para promover el recurso extraordinario de revisión, quien no fue parte en el proceso en el que recayó la sentencia firme cuya anulación se solicita, ya que dicha sentencia sólo puede desplegar su eficacia entre las personas que intervinieron como partes. (STS 6 noviembre de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Planteada demanda por el arrendador para obtener la resolución de contrato de arrendamiento del local de negocio, el arrendatario demandado se allanó, por lo que se declaró resuelto el contrato. Sin embargo, un pretendido coarrendatario que no intervino en el proceso promovió nulidad de actuaciones,

cuya solicitud tiene como consecuencia el recurso de revisión que aquí se plantea. (E.S.M.)

38. Inclusión en las costas de los honorarios de los letrados.—«[...] Debemos partir de los criterios contenidos en los arts. 423 y 424 de la L.E.C., en concordancia con la doctrina declarada por esta Sala en numerosas sentencias, de las que son ejemplo las de 26 de noviembre de 1980 y 16 de julio de 1982. Con arreglo al primero de dichos artículos, los honorarios de los letrados se regularán por los mismos interesados en minuta detallada y firmada y el Secretario incluirá en tasación la cantidad que resulte de la minuta.»

No incidencia en el desarrollo del proceso de la relación entre el cliente y su letrado. Titularidad del crédito privilegiado que origina la condena en costas.—«[...] Figura acreditado en autos la intervención de distintos letrados en el recurso, tanto por parte del recurrente como del recurrido, y, concretamente, la intervención del letrado minutamente en algunos de los trámites, pero, independientemente de ello, la relación entre el cliente y su letrado es la un arrendamiento de servicio que no afecta para nada al desarrollo del proceso. Como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de febrero de 1990, en recurso de amparo 1313/87, el titular del crédito privilegiado que origina la condena en costas es la parte contraria beneficiaria de la misma y no los profesionales que la han representado y defendido, y, por ello, la circunstancia de quien sea el concreto profesional que haya prestado sus servicios carece de incidencia alguna en la obligación de pago que la resolución judicial ha impuesto al condenado en costas...» (STS 16 de julio 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia resuelve el incidente por el que la parte condenada a su pago impugna la tasación de costas al entender que se incluyen indebidamente los honorarios del letrado de la contraparte. La promotora del incidente sostuvo que las costas no aparecerían desglosadas y que el letrado que firmó la minuta no era el que figuraba en la sentencia ni el que firmó la primera instancia. (R.G.S.)

39. Incompetencia de la jurisdicción española en virtud de cláusula de sumisión a Tribunales extranjeros: excepcionalidad. Aplicación del Derecho extranjero.—«[...] Sabido es que los casos de incompetencia de la jurisdicción española en virtud de cláusula de sumisión a los Tribunales extranjeros tienen un carácter rigurosamente excepcional siempre que se den las específicas circunstancias indubitadas que no hagan aquella nula, sin resultar duda alguna tampoco respecto de la procedencia y firma por todas las partes de tan singular y excepcional cláusula de exclusión, que ciertamente no se da en el caso de autos, debiendo recordarse además que en todo caso la aplicación del Derecho extranjero obligaría a la parte que lo invoque a acreditar no sólo la exacta entidad de tal Derecho vigente, sino también su autorizada interpretación tal como ha reiterado la Jurisprudencia de esta Sala, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los Tribunales españoles tanto respecto de las sumisión alegada como del contenido de dicho Derecho.»

Excepcionalidad del plazo de prescripción señalado por el art. 951 del Código de comercio. Interrupción de la prescripción por acto de conciliación.—«[...] Sos-

teniendo la parte recurrente la procedencia de la aplicación al caso de la prescripción de 6 meses que señala el referido art. 951 del Código de comercio. El motivo debe decaer pues el precepto citado no es de aplicación al caso por no tratarse de una reclamación de daños y perjuicios derivados de los supuestos que aquel artículo contempla y para los que fija con carácter muy excepcional el plazo de prescripción de 6 meses, siendo en cambio de aplicación la regla ordinaria y general prevista en el art. 1964 del C.c., en relación con el art. 50 del Código de comercio, que sanciona la prescripción de quince años para las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción. No procede, por tanto, la aplicación de aquella norma singular y excepcional que reduce hasta límites extremos el plazo de prescripción (seis meses), ni puede hablarse de inactividad o inhibición de la parte, pues como bien dice la Sentencia recurrida en su Fundamento Jurídico segundo, "aún suponiendo que el plazo de prescripción aplicable fuera el de seis meses, su transcurso quedó interrumpido por la celebración del acto de conciliación de acuerdo con el art. 479 de la L.E.C..." (STS 10 julio de 1990; no ha lugar.)

HECHOS.—Livestock Express INC., armadora disponente de dos buques negocia el fletamiento de estos por Esar Company para un viaje desde Castellón a Saudí de Jeddah. Intervienen como «brokers» Dens Ocean NV. de Ostende y Centramares y Naviera Odiel de España. Cuando los buques se dirigen a Castellón la entidad belga recibe un «telex» de Centramares en el que se le indica interrumpa el viaje de los barcos, de lo que se derivan importantes perjuicios para Livestock Express que demanda a Esar Company y a los corredores intervinientes en la operación. El Juzgado estima la demanda condenado a Esar Comany y Naviera de Odiel al abono solidario de la indemnización fijada, lo que confirma posteriormente la Audiencia. No ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.)

40. Plazo para emitir el laudo arbitral. Posibilidad de prórroga. Nulidad de la prórroga solicitada extemporáneamente. Eficacia del laudo dictado fuera de plazo. Forma de solicitar la prórroga.—«[...] Ha de recordarse el criterio constante de este Tribunal conforme al cual el plazo debe ser respetado de modo inexorable, esto es, el laudo debe dictarse dentro del tiempo, porque es el lapso durante el cual las partes, voluntariamente, renuncian al ejercicio jurisdiccional de sus diferencias y dotan de facultades decisorias al árbitro (SSTS 27-II-85; 13-VI-84). Pasado el plazo, los árbitros carecen de ellas. Hasta la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1984, la jurisprudencia reconoció la posibilidad de prórrogas, bien por acuerdo de las partes ante Notario, bien del propio órgano judicial que formalizó el compromiso (STS 20-V-82), y a partir de esa reforma se reconoce legalmente la posibilidad de prórroga del plazo cuando en el art. 1733 n.º 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se señala como uno de los cuatro motivos del recurso de nulidad contra los laudos dictados en arbitraje de equidad, "haber dictado los árbitros el laudo arbitral fuera del plazo señalado en el compromiso o, en su caso, en la prórroga. La prórroga, pues, es permitida, pero, en cualquier supuesto, ha de instarse antes de la extinción del plazo fijado como periodo de renuncia a la jurisdicción (STS 9-II-84). Que el Juez concediera prórroga a petición de parte pero fuera del plazo marcada en el auto de formalización del compromiso no da lugar a su validez, ni se convalida su nulidad por aquietarse la otra parte ante la decisión judicial. Sólo aquietándose frente al laudo dictado extemporáneamente puede éste llegar a ser eficaz. La prórroga pues se obtiene en la misma forma que se formalizó

el compromiso (STS 15-VI-83), esto es, de común acuerdo ante Notario o por solicitud ante el Juez, caso de no existir voluntades concordes, pero siempre ejercitando tal facultad antes de fenecer el plazo.»

Cómputo del plazo civil.—«El cómputo del plazo, por ser plazo civil (STS 20-V-82), se hace siempre que las partes no establezcan otra cosa, en los plazos señalados por días a contar desde uno determinado, excluyendo éste del cómputo y comenzando en el siguiente. Si el plazo se fija, como en el caso presente, por meses, se computa de fecha a fecha, sin excluir los inhábiles (art. 5 del código civil).» (STS 1 de octubre de 1990; ha lugar.)

HECHOS.—La sentencia resuelve un recurso de nulidad contra el laudo arbitral que ponía fin a diversas cuestiones suscitadas en relación con un contrato de colaboración para la explotación de máquinas recreativas en el local de una de las partes. (R.G.S.)