

JURISPRUDENCIA

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Colaboran: Pilar BENAVENTE MOREDA
Gabriel GARCIA CANTERO
Regina GAYA SICILIA
Inmaculada HERBOAS MARTINEZ
Antonio JIMENEZ CLAR
Francisco LLEDO YAGÜE
Antonio Manuel MORALES MORENO
Luis Felipe RAGEL SANCHEZ
Alma M.^a RODRIGUEZ GUITIAN

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Levantamiento del velo jurídico.—Conforme la doctrina legal se sienta la tesis general que en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, se ha decidido prudencialmente y según los casos y circunstancias por aplicar la vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe (art. 7-1 Código civil) la práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades en las que la ley confiere personalidad jurídica propia con el fin de evitar que al socaire de esa ficción de forma legal se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos como camino del fraude (art. 6-4º Código civil), admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (levantamiento del velo jurídico) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7-2º Código civil) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 Constitución), es decir, del mal uso de la personalidad, o lo que es lo mismo de un ejercicio antisocial de su derecho (STS. 12 de noviembre de 1991).

HECHOS.—En el presente caso se ha patentizado esa ambigüedad y suplantación recíproca de las dos entidades mercantiles independientes que denotan al menos en el negocio que nos ocupa una identidad de intereses fruto de un entramado subjetivo e interno común a ambas. (F.L.L.Y.)

2. DERECHO DE LA PERSONA

2. El procedimiento del juicio declarativo de menor cuantía no es inadecuado para articular pretensiones relativas a la protección jurisdiccional de derechos fundamentales.—«[...] el procedimiento del juicio declarativo ordinario de menor cuantía, que se siguió, no es inadecuado, por venir expresamente permitido por el artículo 9.1 de la citada Ley Orgánica (la de 5 de mayo de 1982), que permite acudir a las 'vías personales ordinarias', una de las cuales es la elegida por el demandante [...]».

La falta de alusión directa al afectado por una información excluye la difamación.—«Dada la forma en que se publicó la información, sin alusión alguna a los afectados directamente, no puede considerarse que por lo escueto y anónimo de la publicación haya sido divulgado nada que pueda difamar al recurrido, ni puede tampoco considerarse que del tenor literal de la información haya que imputar nada a los responsables que dirigen o confeccionan el periódico en cuestión [...]».

Sin divulgación no cabe imputar lesiones del derecho al honor.—«La Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, en sus artículos 2.2 y 8.1, no estima existente intromisión ilegítima cuando estuviere expresamente autorizada por las leyes y usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona, ni tampoco las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente; normas que, aunque no dictadas para el supuesto debatido, revelan un criterio a seguir cuando el que actúa no lo hace como particular sino investido de una representación pública. En el caso litigioso se trataba de un Concejal, reunido en Pleno con el Ayuntamiento, que manifestó una opinión sobre el tema entonces tratado (plazas convocadas por el Ayuntamiento) y no consta que lo hiciese para difamar a su compañero de Corporación, sino en vías de un mejor servicio, para tratar de evitar que las plazas se adjudicasen de forma ilegal; escena que no fue divulgada por la entidad periodística con demérito para el recurrido, pues no se le nombró en la información. Por tanto, como ya observó la sentencia de esta Sala de 18 de julio de 1989, sin divulgación no hay imputabilidad ya que la esencia de la infracción es precisamente esa divulgación».

Valoración contextual de las manifestaciones supuestamente lesivas del derecho al honor al objeto de determinar su inconstitucionalidad.—«Además según la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1988, la actuación inculpada ha de alcanzarse, para ser anticonstitucional, a supuestos que inquieten o perturben, y de la información publicada resulta que otros supuestos que recogía eran de mayor relevancia que el que es objeto del pleito».

Libertad de expresión: no opera el límite interno de veracidad.—«Debe tenerse en cuenta, sobre la posible inexactitud del punto planteado por la observación del recurrente en la mencionada sesión, que las ideas o juicios de valor no se prestan por su naturaleza abstracta, como declaró la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1988, a una demostración de su exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, por ser siempre más amplia la libertad de expresión que la de información, y por no operar en el ejercicio de aquélla el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta, lo cual conduce a que aparezcan justificadas frases formalmente injuriosas o que tengan un interés público».

Libertad de expresión y asuntos de interés general: debilitación del límite externo constituido por el derecho al honor en cuanto exigencia del pluralismo político y de la tolerancia. «Zafiedad, tosquedad o grosería»: límites operantes en todo caso.—«La libertad de expresión se ejercitó en el caso concreto en conexión con asuntos de interés general, por las materias a que se refería y por las personas que en ellas intervenían, alcanzando entonces, como dice la sentencia de esta Sala de 13 de diciembre de 1989, su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho al honor, el cual se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones de interés general, pues así lo requiere el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática, siempre que las opiniones o frases no revelen zafiedad, tosquedad o grosería». (STS 30 de diciembre de 1991; ha lugar).

HECHOS.—El recurrente, Sr. Gutiérrez Solís, preguntó en un pleno del Ayuntamiento de Langreo —donde era concejal— a su compañero de Corporación, Sr. Campelo Iglesia, si ya había «extraviado la lista que conservaba en el local de la UGT de los clientes de su partido a quien metió en esta casa a trabajar». El periódico «La Nueva España» reprodujo estas manifestaciones. El Sr. Campelo Iglesia demanda al Sr. Gutiérrez Solís por lesión de su derecho al honor exigiéndole indemnización por daños morales. La pretensión es desestimada por el Juzgado. La Audiencia estima parcialmente la apelación. Ha lugar al recurso de casación que interpone el Sr. Gutiérrez Solís. (R.G.S.)

3. Necesidad de que la información sea veraz para que goce de la protección constitucional.—El derecho a la información contribuye a la formación de la opinión pública libre, garantía del pluralismo, base del sistema democrático, pero que en todo caso para gozar de la protección constitucional la información ha de ser veraz. Y en el caso de autos, aun aceptando que en líneas generales los artículos publicados en el medio a la Sra. Urbano puedan poner de manifiesto situaciones de favor en designaciones para cargo de responsabilidad en el ejercicio de funciones públicas y que la autora expresa su opinión sobre tal práctica, no es lícito poner como ejemplo de desviada designación el nombramiento de la actora, cuya cualidad de funcionaria perteneciente a cuerpo de la Administración autonómica al que accedió

por oposición hace años constaba fidedignamente a la autora de la reiterada divulgación en los diarios donde colabora.

La libertad de expresión no se identifica con la atribución gratuita de hechos que hagan desmerecer en el público aprecio.—No puede apoyarse en dicha libertad el acoso personal directo, con indicación de nombre y apellidos, a quien su matrimonio con hombre público no le sustrae su esfera de vida y actividad profesional, atribuyéndole gratuitamente hechos que le hacen desmerecer en el público aprecio y que no se justifican por la libertad de expresión.

Fundamento de la condena solidaria a los autores, directores y editores del medio en que se publica la intromisión ilegítima.—El fundamento de la condena está directamente conectado con el simple art. 65 de la Ley de Prensa y no por el juego del art. 1.903 del C.c. (STS de 25 de octubre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—La demandante interpuso demanda incidental contra la autora de un artículo periodístico, el director del periódico y la editora del mismo, por haberse producido intromisión ilegítima de su derecho al honor. Los órganos judiciales de instancia condenan a los demandados y frente a la sentencia de la Audiencia Provincial interponen recurso de casación la autora del artículo periodístico y la editorial, amparándose en el derecho a la libertad de la información y de expresión. Por su parte, la editorial alegaba que no cabe la condena solidaria, por no ser la autora del artículo una periodista dependiente, sino una mera colaboradora.

NOTA.—Sigue sin estar clara la incidencia que tiene la veracidad de los hechos publicados sobre la existencia de una intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, cuando se refieren a una persona que no es pública, ya que existen pronunciamientos del Tribunal Supremo que consideran que existe intromisión aunque sea veraz la información (sentencias de 19 de marzo 1990 y 1 octubre 1991). En la sentencia objeto de esta nota, es la falta de veracidad o la atribución gratuita —es decir, no probada— de los hechos lo que decide la cuestión. (L.F.R.S.)

4. Intromisión ilegítima en el derecho del honor: requisitos. Supuestos en que prevalece la protección constitucional al honor sobre la libertad de expresión.—Es doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y por esta Sala la de que el honor protegido en sentido genérico por la Constitución, así como por el Código Penal, comprende, tanto la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, como toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonor, descrédito o menosprecio de otra persona, aspectos éstos que, aun cuando no vinculen al orden jurisdiccional civil, sí sirven como módulo hermenéutico para fijar el contenido y caracterización de dicho derecho fundamental, desenvolviéndose el ataque al honor, tanto en el marco interno de la propia persona afectada e incluso de la familia, como en el ámbito social y profesional en que cada uno desarrolla su actividad, sin que la libertad de expresión pueda justificar la atribución a una perso-

na, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprobables a todas luces, sean cuales fueren los usos sociales del momento, debiendo, en todo caso, interpretarse los textos presuntamente atentatorios contra el honor, en su conjunto y totalidad, para valorar, de ese modo, la significación verdaderamente difamatoria que procede atribuir al mismo, y sin que pueda hacerse abstracción del elemento intencional de lo publicado y de su objetividad real (SS. TC. 23 marzo y 26 junio 1987, y TS. 16 diciembre 1988 y 23 febrero 1989). **(STS de 29 de noviembre de 1991; no ha lugar).**

HECHOS.—El demandante afirma en diversos artículos periodísticos que el actor era el director de un programa con sueldo sustancioso y giras internacionales pagadas, acusándole de inquisidor, firmar una resolución inicua, carente de la más mínima ética, ser exclaustrado, chambón y despreocupado. El Tribunal Supremo aprecia que en todo el contexto de los citados artículos existe un verdadero propósito de desmerecimiento del demandante en la consideración ajena, sin que se justifique la conducta del demandado por el hecho de que una Comisión de Reclamaciones, de la que formaba parte el actor, estimase una pretensión de una oponente en la Cátedra del demandado, por tratarse de una decisión que pudo impugnarse por los medios legales, pero no utilizando públicamente expresiones peyorativas sobre la trayectoria profesional del demandante. **(L.R.F.S.)**

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

5. Simulación absoluta. Nulidad. El juicio de retracto arrendatario es procedimiento adecuado para invocarla cuando se pretende la nulidad del título en que se funda el retrayente.—«...la simulación de los arrendamientos controvertidos se ha declarado (...) que era absoluta, es decir, que esos contratos no tenían ninguna realidad, por lo que en estricta técnica son nulos absolutamente, por tanto no perfectos con algún vicio que los invalide, característica de la nulidad relativa (art. 1.300 del Código civil). Por otra parte, en el juicio de retracto se puede conocer la validez o nulidad del título en que se funda el retrayente, si la parte demandada niega su eficacia y validez, que es una excepción perentoria (falta de acción) (F.D. 2.º)».

Simulación. Presunción favorable a la existencia de los contratos de arrendamiento. Aplicación del art. 1.253 del C.c. y no del art. 1.249 del mismo cuerpo legal.—«...atacándose las presunciones favorables a la simulación, debió (...) demostrar que no se deducía de los hechos probados según las reglas del criterio humano, infringiéndose así el art. 1.253 del C.c. En realidad, lo que hace la recurrente es oponer otros hechos de los que a su juicio se deduce que los contratos son verdaderos y válidos, es decir, que deben de tener más fuerza sus presunciones que

las de la Sala sentenciadora, lo que es muy distinto a demostrar que son absurdas o ilógicas o contrarias a las reglas de la común experiencia humana... (F.D. 7.º)».

«...el motivo octavo (...) vuelve de nuevo a atacar las presunciones favorables a la simulación de los contratos de arrendamiento (...) eligiendo para ello ahora el art. 1.254 del C.c. El motivo es desestimable, pues no se infringe tal precepto, ya que se refiere a los hechos de los que pueden nacer las presunciones, y tales hechos no son combatidos (...) sino las consecuencias que de ellos obtiene la sentencia recurrida, por lo que el precepto hipotéticamente infringido sería el art. 1.253 del C.c.... (F.D. 9.º)».

Error de hecho. Falta de conocimiento de las condiciones de la adjudicación: no caducidad de la acción de retracto.—«...el motivo 5.º vuelve a plantear (...) la falta de conocimiento de la recurrente de las condiciones de la adjudicación, y en consecuencia la no caducidad de la acción de retracto cuando la ejercitó mediante demanda el 22 de febrero de 1988. Por ello debe merecer también la desestimación (...), sin que pueda prosperar la alegación de error de hecho, pues en cualquier caso ha de ser excusable, y la prueba de su excusabilidad corresponde al que lo alega (F.D. 5.º)» (STS 30-XII-1991. Ponente: Sr. Gullón Ballesteros; no ha lugar al recurso de casación interpuesto).

HECHOS.—La entidad JOSEL, S.A., se adjudicó en procedimiento sumario del art. 131 de la L.H., instado por la Caja de Pensiones de la Vejez y de Ahorro determinados Despachos, sitos en Barcelona, propiedad de la ejecutada, LA MAISON DE PIERRE, S.A.

La entidad CARLOS ALEJANDRO, S.A., demandó en juicio de retracto arrendaticio urbano a JOSEL, S.A., ejercitando dicha acción sobre los locales adquiridos, alegando los contratos de arrendamiento de los mismos que había formalizado con LA MAISON DE PIERRE, S.A. La demandada, JOSEL, S.A., se opuso, por estimar simulados tales contratos y estar caducada la acción ejercitada.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Barcelona desestimó la demanda (S. de 11-X-1988), sobre la base de la inexistencia por simulación de los contratos de arrendamiento, por caducidad de la acción, así como por tratarse de arrendamientos constituidos con posterioridad a la hipoteca. Apelada la sentencia por la actora, la Sección onceava de la Audiencia Provincial de Barcelona (S. de 11-X-1989), la confirmó, declarando en primer término la caducidad de la acción de retracto, y a mayor abundamiento la simulación contractual.

En representación de CARLOS ALEJANDRO, S.A., se interpuso y formalizó recurso de casación articulado en nueve motivos. El 1.º (al amparo del art. 1692.2 de la LEC) por inadecuación del procedimiento, sobre la base de que si la demandada alegaba la existencia de simulación en los contratos de arrendamiento, tratándose de su juicio de una simulación relativa, debería haberse ejercitado la acción correspondiente, no pudiendo oponerse por vía de excepción la nulidad relativa. El 2.º (al amparo del art. 1692.5 de la LEC) por infracción de doctrina jurisprudencial relativa al hecho de que la nulidad relativa sólo puede hacerse valer por vía

de acción. El 3.º y 4.º (al amparo del art. 1692.4 LEC), ambos por error en la apreciación de la prueba. El 5.º (al amparo del art. 1692.5 de la LEC) por infracción de los arts. 1.218, 1.228 y 1.234 del C.c. El 6.º (al amparo del art. 1.692.5 LEC), por infracción por aplicación del art. 48.2 de la LAU y la doctrina jurisprudencial. El 7.º (al amparo del art. 1.692.5 LEC) por infracción de los arts. 1.218, 1.228 y 1.232 del C.c. El 8.º (al amparo del art. 1.692.5 LEC) por infracción del art. 1.249 C.c. El 9.º (al amparo del art. 1.692.5 LEC) por infracción por inaplicación del art. 48.1 de la LAU y 1.518 del C.c. (P.B.M).

6. Simulación. Prueba de la misma.—La invocada validez del contrato —negada por el Tribunal de instancia por estimar que hubo simulación— trata de deducirse por lo manifestado por la vendedora según consta en el documento, lo cual, obviamente es hacer supuesto de la cuestión, y además es perfectamente lógico que la existencia de una simulación no se refleje en el documento en que se formalizó el contrato.

La concurrencia de la causa es una cuestión de hecho sustraída, por tanto, al control de la casación, salvo que se haya producido error en la apreciación de la prueba.

Raras veces la presunción presenta prueba directa de su existencia y se revelará por pruebas indiciarias que llevan al juzgador a la apreciación de su realidad, correspondiéndole dicha apreciación de la existencia o inexistencia de causa o la concurrencia de causa falsa, por ser de naturaleza fáctica (**Sentencia de 12 de diciembre de 1991**: no ha lugar al recurso).

HECHOS.—D.J.A.C.M., interpuso demanda contra D.M.S.L. y otros, sobre acción reivindicatoria ante el Juzgado de 1.ª Instancia de Baza, estimándose parcialmente la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Granada revocó la sentencia recurrida. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A. J-C.).

7. Enriquecimiento injusto: Ausencia de causa.—«...las acciones originadas por enriquecimiento injusto, no van en realidad dirigidas contra el acto o negocio jurídico en sí considerado, sino contra sus efectos lesivos o perjudiciales para la otra parte. En el caso aquí contemplado, se parte de un contrato de arrendamiento de servicios profesionales perfectamente lícito y cuya consecuencia, el abono de los honorarios correspondientes al profesional que los ha prestado, entra de lleno en la esfera de la normalidad de ese tipo contractual: mas una cosa es eso y otra que los honorarios excedan los límites establecidos a este respecto...».

El enriquecimiento injusto y el abuso de derecho.—«...No puede olvidarse que la construcción tanto doctrinal como jurisprudencial del enriquecimiento injusto tiene una indudable conexión con la figura del abuso de derecho, dados los principios de equidad y justicia que en su determinación son de tener en cuenta (Vid. en dicho sentido las sentencias de 22 de marzo de 1946 y 22 de diciembre de 1962)» (**Sentencia de 13 de diciembre de 1991**; no ha lugar).

HECHOS.—Un abogado, actuando como letrado del Banco Español de Crédito, S.A. (Banesto) presentó dos minutas por honorarios que el Ilustre Colegio de Abogados de Pontevedra consideró excesivos.

Formulada demanda por el Banesto, a fin de obtener la devolución de parte de los honorarios, el Juzgador de 1.^a Instancia desestimó la demanda; apelada dicha sentencia, fue revocada por la Sala admitiendo la demanda. (I.H.M.)

8. Doctrina del enriquecimiento injusto.—«Es doctrina consolidada de esta Sala, cuyo general conocimiento excusa la cita de las sentencias en que es recogida, la relativa a que el enriquecimiento injusto exige para su éxito, entre otros resultados, la falta de causa en el desplazamiento patrimonial y consiguiente ventaja adquirida, y que para apreciar su existencia se requiere el cumplimiento de estos requisitos: a) aumento de patrimonio del demandado y disminución en el del demandante; b) empobrecimiento en el actor, representado por un daño positivo o lucro frustrado; c) falta de causa que justifique tal enriquecimiento, y d) ausencia de precepto legal que excluya la aplicación del principio de enriquecimiento injusto»:

Los pozos no son bienes muebles.—«[...] los 'pozos' no cabe incluirlos en el concepto de 'bienes muebles' a la vista del contenido de los artículos 334 y 335 del Código [...]».

Derecho fundamental a la tutela judicial afectiva.—«El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva proclamado en el apartado 1 del artículo 24 de la Constitución, garantiza que en ningún caso puede producirse denegación de justicia, pero no puede ser base para convalidar situaciones que el juzgador establece desprovistas de amparo legal, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que dicha 'tutela' se obtiene, incluso cuando se deniega lo interesado por las partes en el proceso, siempre que concurra la causa legal correspondiente [...]». (STS 31 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—El matrimonio actor suscribió con el Banco de Santander póliza mercantil de préstamo, estableciéndose la posibilidad de que el Banco lo diese por vencido en caso de impago de cualquier vencimiento. Producido éste en dos ocasiones, el Banco requiere notarialmente a los actores formulando a continuación demanda ejecutiva. Se traban bienes propiedad del marido y tras la sentencia y subastas se adjudican. Los actores interponen acción reivindicatoria contra el Banco y el adjudicatario alegando la nulidad del título presentado por el Banco en el procedimiento ejecutivo seguido contra ellos. Subsidiariamente, solicitaban se declarase el injusto enriquecimiento de los demandados. El Juzgado estima parcialmente la demanda. La Audiencia estima la apelación del Banco y del adjudicatario, revocando la sentencia de instancia. El recurso de casación interpuesto por los actores no prosperó. (R.G.S.)

9. Sentencia incongruente.—«[...] según reiterada doctrina jurisprudencial (así, en las sentencias de 23 de octubre de 1990 y 9 de julio y 25 de septiembre de 1991), la sentencia es incongruente sólo cuando su fallo ‘no se acomoda a los términos de la súplica de la demanda y no con relación a las bases fundamentadoras expuestas en los razonamientos jurídicos’ [...]».

Arras penitenciales: su reclamación presupone la resolución del contrato.—«[...] aun siendo dudoso que la cláusula 4.ª realmente refleje la existencia de arras penitenciales (art. 1.454 del C.c., citado en la misma) y más bien se trate de arras penales, lo cierto es que su reclamación presupone la opción resolutoria y ello es suficiente para el éxito de la acción ejercitada, pudiendo recordarse al respecto la doctrina jurisprudencial (Ss. de 13 de mayo de 1980 y 22 de febrero de 1984) que admite la presunción de la opción resolutoria en casos semejantes al presente». (STS 26 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—El litigio que llega al Supremo trae causa de una compraventa de finca gravada, incumpliendo los vendedores la obligación de liberarla de las cargas hipotecarias que sobre la misma pesan. Reclaman los compradores la cantidad entregada al formalizarse el contrato y otro tanto en razón del incumplimiento señalado. El Juzgado desestima la demanda. La Audiencia revoca la sentencia de instancia. No ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.)

10. El recurso de casación se da contra la sentencia de la Audiencia.—«El motivo es desestimable sin entrar en su estudio, porque está construido con olvido de la constante doctrina de esta Sala de que el recurso de casación se da contra la sentencia de la Audiencia, no contra la de la primera instancia».

No ejercita su derecho de mala fe quien —al margen de la consideración de otros factores— lo hace dentro del plazo legal. Compensación de la mala fe del actor con la de la demandada.—«[...] no se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquéllos no se actuarán. La sentencia basa la falta de buena fe en el recurrente en que no contestó a la carta de la recurrida notificándole el cambio de destino ni hizo constar su oposición hasta la presentación de la demanda origen de estas actuaciones, habiendo reclamado judicialmente rentas debidas en 1986, pero ninguna conclusión favorable a su criterio se obtiene de estos hechos probados. El arrendador y recurrente no tenía la carga de manifestar su oposición o consentimiento a la arrendataria; es ella la que debe asumir las consecuencias de obrar contra lo pactado, que se traduce en el nacimiento de una acción para exigir su cumplimiento, no el de tal carga. En cuanto a que en 1986 reclamó la rentas que se debían, es una actuación que nada tiene que ver con lo que se discute, pues la arrendataria seguía haciendo uso del local arrendado y, fuere cual fuere su destino, lo cierto es que debía pagar por ello. Por otra parte, el recurrente no pudo por exigencias procesales ejercitar en aquel momento más que la acción de desahucio por falta de pago y ninguna otra más, por lo que es infundado deducir de ello que con-

sintió en el cambio de destino, unilateralmente decidido y ejecutado por la arrendataria.

Situada en el terreno de la mala fe, la Sala 'a quo' también debió valorar la conducta de la demanda que no cumplió la ley del contrato, y que, como queda se ha probado en autos sin que ello haya sido ni discutido siquiera, siguió con la oficina de farmacia en otro local, acaeciéndose todo ello por su sola y libre voluntad, pues no ha alegado siquiera un hecho obstativo que impidiera el cumplimiento de lo pactado con alcance plenamente liberatorio para ella de acuerdo con el art. 1.105 del Código civil. Si hubo mala fe en el actor —lo que solamente se admite como hipótesis— también la hubo en la demandada, por lo que quedan compensadas, y a ninguno de ellos se le puede atribuir en exclusiva». (STS 16 de diciembre de 1991; ha lugar).

HECHOS.—D. Carlos R., propietario de un local comercial, lo arrendó a D. Cipriano L., quien a su vez lo traspasó a Dña. Amelia T. con consentimiento del propietario. Esta se obligó a destinar el local a farmacia durante un año como mínimo. El mismo día del traspaso suscribió Dña. Amelia un contrato de arrendamiento con D. Carlos sobre el mismo local. En una de sus cláusulas se estipulaba que la arrendataria dedicaría el local arrendado a uso exclusivo de farmacia. Al cabo de doce años y algunos meses Dña. Amelia comunica por carta al arrendador su propósito de destinar el local al negocio de papelería y librería, lo que efectivamente hizo. Pasados algo más de tres años, el propietario insta demanda de desahucio por impago de rentas. La consignación de éstas comporta su desestimación. Por fin, D. Carlos demanda a la arrendataria alegando el incumplimiento de la estipulación contractual que determina el uso del local. El Juzgado desestimó la demanda y la Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado. Ha lugar al recurso de casación. (R.G.S.)

11. Calificación del contrato: Compraventa con pacto de retro: Préstamos usurario.—La sentencia impugnada llega a la acertada conclusión de que en los documentos base del pleito no hay un verdadero contrato de compraventa, sino de un préstamo usuario, enmascarado bajo la apariencia de una compraventa con pacto de retro relativa a unas joyas previamente pignoradas en la Caja de Ahorros de Madrid, como se desprende inequívocamente de las circunstancias concurrentes tales como la de no exigir la entrega del documento de pignoración de las joyas y el depósito posterior del mismo en una entidad bancaria con instrucciones sobre el modo y a quien había de ser devuelto, entre ellas la entrega de dos millones más; habiendo declarado en estos casos la jurisprudencia que lo fundamental a examinar es la finalidad contractual.

Aplicación de la Ley de 1908: Doctrina general.—En los litigios regulados por la Ley de represión de operaciones usurarias las apreciaciones de hecho de los Tribunales de instancia, aunque no sean intangibles, son siempre respetables, de tal manera que la facultad extraordinaria que dicha ley concede para formar libremente la convicción del juzgador no llega al extremo de convertir la casación en una tercera instancia, que puede resolverse desentendiéndose el T.S. de las apreciaciones, criterios y convicciones del inferior, que deben ser tenidos en cuenta y

aceptados cuando no estén claramente en disconformidad con los resultados procesales estimados con arreglo al art. 2.º de la ley mencionada, o sea, cuando no existan elementos de convicción suficientes para rectificar una equivocación del juzgador de instancia, lo que aquí no ha acontecido; siendo igualmente de destacar a estos efectos que los Tribunales han de proceder con un criterio práctico, más que jurídico.

Nulidad del préstamo usurario: efectos.—Según S. de 14 de junio de 1984 la nulidad del préstamo usurario que declara la Ley de Usura no envuelve una nulidad radical o inexistencia del contrato, por falta de alguno de los requisitos esenciales para su nacimiento, sino que es una nulidad decretada por el legislador debido a hallarse viciado el negocio por la concurrencia de alguna de las circunstancias que según el art. 1.º pueden motivar la calificación de usurario; pero al quedar subsistente la obligación de devolver el importe de la suma efectivamente percibida, más otros gastos legítimos, conforme al art. 3.º, es evidente que los efectos de aquel contrato no desaparecen en su integridad, y por ende, subsiste el accesorio de la fianza, aunque reducido a la extensión de la obligación principal. (**Sentencia de 8 noviembre 1991**; no ha lugar). (G.G.C.)

12. Resolución del contrato bilateral por incumplimiento de una de las partes: matización de la doctrina jurisprudencial que exige la acreditación de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.—La argumentación impugnatoria de la aplicación del precepto intenta apoyarse en la interpretación jurisprudencial que mantuvo este Tribunal al exigir que se acreditara de manera indubitada la voluntad deliberadamente rebelde del comprador a dar cumplimiento de lo convenido. Tal doctrina que, aislada de las peculiaridades de cada caso, podría ocasionar valoraciones reductoras del supuesto normativo, ha sido matizada, como establece la Sentencia de esta Sala de 21 de julio de 1990 (que cita otras muchas acreditativas de la nueva orientación) «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 sanada por una justa causa que la origine— obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó».

Preferencia de la regla específica del artículo 1.504 del Código civil en caso de compraventa de inmuebles: carácter automático de la resolución una vez se haya producido el requerimiento.—La regla general que establece el art. 1.124 del C.c. cede, en términos normativos, ante la específica que señala el art. 1.504, relativo, precisamente, a la venta de bienes inmuebles, de manera que cuando se producen los requisitos que el dispositivo exige operan «ipso iure» sus efectos.

Asunción de deuda acumulativa, por no haberse producido el consentimiento del acreedor para que quede liberado el primitivo deudor.—Conforme tiene establecido la sentencia impugnada, la obligación de pagar el precio por los compradores no quedó sustituida, dado que para que se considerase la concurrencia de una novación expresiva de la asunción de la deuda por otra persona, hubiera sido preciso que constara de modo cierto el consentimiento del acreedor a la sustitución y que el mismo se prestara con el deliberado propósito de exonerar de sus obliga-

ciones al inicial deudor para hacerlas recaer en el nuevo, propósito que ha de revelarse de hechos o actos inequívocos, requisitos, en fin, que no concurren en quien simplemente se limita a recibir unas letras confiando en que serán atendidas a su vencimiento por el aceptante, pero sin que ello suponga intención acreditada de liberar de toda responsabilidad a quien las entrega (STS de 16 de mayo de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—El comprador no pagó las veinticinco letras de cambio representativas del precio del piso y de la plaza de garaje, alegando al ser demandado que, en realidad, las letras habían sido impagadas por una Sociedad Cooperativa Limitada de la que era Presidente, habiéndose producido una asunción de deuda y, por lo tanto, no habiéndose acreditado una voluntad del comprador deliberadamente rebelde al pago. (L.F.R.S.)

13. Resolución del contrato de compraventa de inmuebles por incumplimiento del comprador: Matización de la doctrina jurisprudencial que exige la acreditación de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.—La doctrina de esta Sala viene exigiendo como requisito necesario para acordar la resolución contractual contemplada en el art. 1.504 del C.c., la constancia de una voluntad por parte del contratante al que se demanda, rebelde al cumplimiento de su obligación, si bien la doctrina jurisprudencial reciente ha venido a matizar tal concepto, aclarando que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar tal incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria —y no sanada por una justa causa que la origine— obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó (sentencias de 19 enero, 6 y 30 octubre 1984; 26 enero 1988; 2 junio y 13 y 21 octubre 1989).

Una vez producido el requerimiento a que se refiere el art. 1.504 del C.c. el pago del comprador deviene extemporáneo y no impide la resolución.—Si bien el pacto comisorio no produce transcurrido el plazo que comporta la resolución automática del contrato o contratos de compraventa de inmuebles, en razón, justamente, de la previsión que contiene el art. 1.504, no cabe duda que una vez hecho el requerimiento, el pago del comprador deviene extemporáneo y no impide la resolución.

La impugnación de pagos no puede ser posterior al momento del pago.—Se quieren contraponer, con valor decisivo, las manifestaciones unilaterales de los compradores, hechas con posterioridad a tales ingresos, y en un acta notarial de contenido poco preciso en sus términos, como constitutivas de una voluntad expresa de imputación de pagos que, desde luego, al no ser coetánea, carecería de validez. (STS de 18 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—Los demandantes habían comprado al demandado varias fincas. Habiendo impagado el precio, el vendedor les requirió a los efectos del art. 1.504 del C.c. respecto a una de las fincas. Con posterioridad al requerimiento, los demandantes compradores pretendieron realizar una imputación de pagos en acta notarial. También intentaron con

posterioridad al requerimiento consignar el precio restante de la finca. Ambas tentativas fueron declaradas extemporáneas por los Organos judiciales que enjuiciaron el caso. (L.F.R.S.)

14. Tiene todos los efectos del art. 1.504 del Código civil el requerimiento efectuado por carta enviada por conducto notarial cuando se acredita que llegó a su destinatario.—Atendiendo el tenor literal del vigente art. 202 del Reglamento Notarial, la doctrina de esta Sala (sentencias de 27 de mayo de 1985, 27 de abril de 1988 y 11 de abril de 1990) reconoce la corrección formal del requerimiento notarial previsto en el art. 1.504 del C.c. cuando ha sido practicado por correo en la forma establecida por el art. 202 del Reglamento Notarial, requerimiento que tendrá plena eficacia a los efectos del citado art. 1.504 siempre que se acredite que el mismo llegó a su destinatario. (STS de 21 de mayo de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—El comprador de un bien inmueble alegaba, como único motivo de casación, que los requerimientos efectuados mediante carta certificada con acuse de recibo remitida por conducto notarial carecen de la eficacia que otorga el art. 1.504 al requerimiento para producir automáticamente la resolución de la compraventa. (L.F.R.S.)

15. Resolución de contrato de compraventa. Evolución doctrinal de la exigencia de «voluntad deliberadamente rebelde». Arts. 1.504 y 1.124 del C.c.—«...la moderna jurisprudencia abandona las palabras 'voluntad deliberadamente rebelde' por entenderlas demasiado rigurosas y sólo comprensivas de impago doloso y, en su lugar, habla de incumplimiento pertinaz que frustre el fin específico del contrato, rompe la economía del contrato (SS. 20-6-1990 [R. 1990, 479 9] 22-1-1991 [R. 19 91, 308], etc...)» (F.D. 1.º)

Resolución contractual. El requerimiento resolutorio del vendedor pierde su eficacia cuando se admiten pagos posteriores.—«...En todo caso la concurrencia de todos los requisitos no se da puesto que el propio vendedor, según hechos probados no desvirtuados, voluntariamente dejó sin eficacia el requerimiento resolutorio admitiendo pagos posteriores...» (F.D. 1.º) (STS 19-XII-1991. Ponente: Sr. Marina Martínez-Pardo; no ha lugar al recurso de casación interpuesto).

HECHOS.—D. Francisco D. C. y D. Luis G. F. eran propietarios de una finca, parte de la cual arrendaron con opción de compra a D. Manuel A. M., opción que fue ejercitada en su momento por el referido arrendatario.

No obstante el comprador dejó de pagar parte del importe de la venta, desatendiendo el requerimiento efectuado por los vendedores que estimaban que el contrato debía considerarse resuelto. Se interpone ante ello demanda de juicio declarativo de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Granada, instando la resolución del contrato de compraventa, la entrega de la posesión de la finca transmitida, así como

el abono de los daños y perjuicios causados, y subsidiariamente para el caso de no estimarse la resolución, se condenase al pago de las cantidades adeudadas por la compra de la finca.

El demandado por su parte alegó incumplimiento por parte de los actores, al no haber hecho entrega del objeto de la compraventa por no poseerlo —en la forma contratada— en concepto de dueño, solicitando la absolución y por medio de demanda reconvenional que se obligase al vendedor a cumplir su prestación, previa reducción del precio de la compraventa en proporción al número de metros que faltan en la finca vendida.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Granada dictó sentencia (21 de abril de 1988) estimando íntegramente la demanda, y desestimando la reconvenición. Apelada la sentencia, la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Granada (S. 18 de septiembre de 1989), estimó en parte la apelación, acogiendo la pretensión subsidiaria de la demanda y rechazando nuevamente la reconvenición del recurrente, condenando a éste al pago de las cantidades aún adeudadas como parte del precio de la finca de autos.

En representación de los demandantes se interpuso recurso de casación, articulado en cinco motivos, de los que son objeto de admisión el segundo, tercero y cuarto, en los que se alega la infracción del art. 1.504 del C.c. en relación con el art. 1.124 del mismo cuerpo legal, del artículo 1.170.2 del C.c. y su jurisprudencia, así como de los arts. 1.254 y concordantes y 1.281 y concordantes del C.c.

NOTA.—La cuestión de fondo que se plantea en la decisión del T.S. es la de determinar si procede la resolución del contrato de compraventa o por el contrario el obligado cumplimiento del contrato con la consiguiente concesión de nuevo plazo al comprador para hacer efectivo el pago (arts. 1.124-1.504 del C.c.).

Tanto la Audiencia de Granada, como el Supremo, optan por la petición subsidiaria del demandante, exigiendo el obligado cumplimiento del contrato, decisión que se adopta tras analizar la concurrencia de los requisitos exigidos jurisprudencialmente para que proceda la resolución:

- a) Existencia de contrato de compraventa de inmuebles.
- b) Aplazamiento de todo o parte del precio.
- c) Impago de todo, o parte relevante del precio aplazado a causa de una voluntad decididamente rebelde del comprador al cumplimiento de su obligación.
- d) Cumplimiento oportuno por el vendedor de su obligación.
- e) Requerimiento notarial o judicial del vendedor al que hace referencia el art. 1.504 del C.c. (S.AP. Granada de 18 de septiembre de 1989 —R.G.D. 1990—).

En el supuesto contemplado resulta decisivo para no proceder a la resolución la ausencia del quinto de los requisitos señalados: el hecho de haber aceptado el vendedor pagos posteriores al requerimiento efectuado hizo perder virtualidad al mismo (SS.TS de 3-VII-1917, 30-XII-1955 y

11-V-1979, entre otras muchas), quizá por entenderse que existe una renuncia tácita a la resolución, derivada del comportamiento admisorio del vendedor.

Tenemos que señalar no obstante, que de la lectura de la sentencia (F.D. 1.º) no acaba de quedar suficientemente clara la postura del recurrente. Ello en la medida en que el mismo pretendía realmente la resolución del contrato de compraventa, si bien, en la formulación de su segundo motivo de casación (tal como se recoge en el fundamento señalado), tras señalar los requisitos para la aplicación del art. 1.504, sostiene que no concurre la voluntad deliberadamente rebelde, ya que se dejó de pagar porque la finca carecía de inscripción registral y no tenía los metros pactados.

Tal planteamiento a nuestro entender implica aceptar que falta uno de los requisitos para la procedencia de la resolución. Argumento que habría parecido lógico como planteado por la parte recurrida pero no por la recurrente que precisamente lo que quería era resolver.

(Resaltamos este dato que nos sorprende, en la medida en que no hemos podido acceder directamente al recurso de casación formulado al objeto de comprobar si efectivamente se formuló así o si se trata de un error de transcripción). (P.B.M.)

16. Compraventa de inmuebles: Interpretación: Arras confirmatorias a cuenta del precio.—No puede dudarse de la perfección del contrato mediante la concurrencia de sus requisitos esenciales, a tenor del art. 1.261 C.c., conclusión corroborada por el sistema espiritualista de nuestra contratación civil, por lo que se trató de entrega de suma en concepto de arras confirmatorias, es decir, entregadas en confirmación de la celebración del contrato y como parte del precio ya convenido de 4.000 ptas. el metro cuadrado de terreno.

Arras penitenciales: Doctrina general.—Según reiterada jurisprudencia, el contenido del art. 1.454 C.c., no tiene carácter imperativo, sino que por su condición de penitencial, para que tenga aplicación es preciso que por voluntad de la parte, claramente constatada, se establezcan tales arras, ya que, en otro caso, cualquier entrega o abono habrá de valorarse y conceptuarse como parte del precio o pago anticipado del mismo; por tanto, tal precepto legal tiene un carácter excepcional, que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales, de las que resulte la voluntad indubitada de las partes en el sentido de que se trate de arras penitenciales; la entrega de una cantidad «como señal» no significa por sí sola que cada parte pueda desistir del contrato a su arbitrio, en contra del criterio del art. 1.256 C.c., toda vez que tal frase, en sí equívoca, puede entenderse como entrega en concepto de parte del precio, sobre todo en supuestos, como el ahora discutido, en que por una mera operación aritmética puede determinarse el precio a pagar.

Doble venta: No la hay en la aportación a sociedad.—La aportación del inmueble al patrimonio social se hizo sabiendo perfectamente que una parte considerable de la finca «aportada» había sido vendida anteriormente, siendo difícil sostener la aplicación del art. 1.473 que se refiere al contrato de compraventa netamente

configurado, y, por otra parte, los móviles del vendedor y aportante incluyen un manifiesto perjuicio y menoscabo de los legítimos derechos del comprador. (**Sentencia de 12 de diciembre 1992**; no ha lugar).

NOTA.—En cuanto a las arras penitenciales la S. recoge el carácter no imperativo del art. 1.454, según defendí anteriormente (Comentarios Albaladejo, XIX, 2.^a ed. Madrid, 1991, p. 112). Hay discrepancias jurisprudenciales para aplicar analógicamente el art. 1.473 a supuestos de transmisión onerosa distintos de la compraventa; en casos en que la primera enajenación era una permuta (S. de 13 noviembre 1956), un derecho de tanteo (S. 21 octubre 1961) o enajenación de la nuda propiedad (S. 17 diciembre 1984) el TS ha accedido a aplicar la doctrina de la doble venta, negándose, en cambio, cuando al principio hubo un deslinde pretendidamente transaccional (S. 3 julio 1954). En el presente caso la *ratio decidendi* es la mala fe del vendedor que aporta la finca vendida a una sociedad en la que él es el mayor partícipe y administrador. (C.G.C.)

17. Contrato de permuta. Incumplimiento. Interpretación de los contratos. Prueba de presunciones (art. 1.253 C.c.). Interpretación de la intención de las partes (art. 1.282 C.c.).—Las conclusiones obtenidas en apelación sólo pueden ser combatidas en casación cuando resultan ilógicas, arbitrarias o contrarias a la Ley. (F.D. 1.º) (F.D. 6.º)

Interpretación de los contratos (arts. 1.281 y 1.283 C.c.). Los tribunales de instancia pueden fijar el alcance de las prestaciones a través del análisis conjunto y sistemático de varias estipulaciones determinantes de las prestaciones recíprocas.—«...los arts. 1.281 y 1.283 del Código civil, en cuanto sancionan el principio de interpretación literal de las cláusulas contractuales y la prohibición de que puedan entenderse comprendidas en los términos de un contrato cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar, no veda ni puede vedar a los Tribunales de instancia la posibilidad de llegar, por un análisis conjunto y sistemático de varias estipulaciones determinantes de las recíprocas pretensiones de los intervinientes en el negocio jurídico (...) a fijar el alcance de tales pretensiones...» (F.D. 2.º)

Inaplicación del art. 1.091 del C.c. a los supuestos de cumplimiento por equivalente derivado de previo incumplimiento, en cuyo caso el precepto aplicable es el art. 1.101 del C.c.—«...el artículo que se invoca como infringido (1.091 del C.c.) se refiere al cumplimiento de las obligaciones según lo pactado, pero no al supuesto de incumplimiento que origina la necesidad de un cumplimiento por equivalente, como es el caso que se contempla, a cuyo supuesto, el precepto aplicable es el artículo 1.101 y, consecuentemente, la indemnización sustitutoria en cuanto restitutoria y resarcitoria debe consistir, en este caso (...), en una suma 'ad valorem' que equivalga económicamente a la prestación 'in natura' ...» (F.D. 3.º). (**STS 30-XII-1991**. Ponente: Sr. Almagro-Nosete; no ha lugar a ninguno de los recursos de casación interpuestos).

HECHOS.—El día 12 de diciembre de 1983, D. Pedro F. R. y las empresas «Construcciones Franchini y Morales, S.A.» y «Astra Sur, S.A.», suscribieron un contrato de permuta, cuyo núcleo esencial consistía en la entrega por el primero de un solar, a cambio de la contraprestación, en su día, de un porcentaje de lo edificado, junto con numerosas previsiones sobre posibles incumplimientos y otras obligaciones complementarias. Estableciéndose que en el caso de incumplimiento del plazo principal, el propietario del solar podía optar por una indemnización económica, garantizada con la entrega de unas letras de cambio.

Transcurrido el plazo fijado para la entrega por parte de las empresas citadas, el Sr. F. R. cobró las cambiales a su vencimiento, haciendo saber a la otra parte que tal cobro no implicaba en absoluto que hubiese optado por la indemnización, pues consistía en el cumplimiento del contrato, sino simplemente el evitar que las letras se perjudicaran y perdieran su función de garantía que sustituía por el depósito dinerario.

Ante tales circunstancias, D. Pedro F. R. interpuso contra «Construcciones Franchini y Morales, S.A.» y «Astra Sur, S.A.», ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Santa Cruz de Tenerife demanda de juicio de menor cuantía solicitando se condenase a los demandados al cumplimiento de contrato de permuta citado, así como al abono de una indemnización en concepto de daños y perjuicios en la cantidad de 450.000 ptas. mensuales a partir del plazo estipulado para la entrega de las fincas. Los demandados formularon demanda reconventional alegando el incumplimiento contractual del demandante, al no haber constituido la fianza exigida por el Ayuntamiento al conceder la licencia de construcción del edificio construido por la parte demandada y no ejecutar las obras de urbanización a que venía obligado contractualmente. Obras que tuvieron que ser ejecutadas por los reconvinientes para posibilitar la construcción del edificio, por lo que el actor les adeudaba en tal concepto la cantidad de 32.907.347 ptas. Alegando igualmente que al haber cobrado el actor el importe de las cambiales en concepto de indemnización de daños y perjuicios, no tenía derecho a percibir contraprestación alguna.

El Juzgado de Primera Instancia (S. de 4-IV-1988) aceptó parcialmente lo solicitado por el demandado y por las demandadas, entendiendo en primer lugar que al cobrar el actor el importe de las cambiales había ejercitado la opción indemnizatoria prevista en el contrato (estimando por tanto una de las peticiones de las demandadas) no pudiendo reclamar nada más. Condenado por otro lado a las reconvinientes al abono de 1.800.000 ptas. como intereses moratorios, por haberse cumplido el plazo de 120 días pactados sin haberse iniciado la construcción. Apelada la sentencia por ambas partes, la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (S. 23-II-1989) revocó la sentencia apelada, estimando parcialmente la demanda y reconvenición formuladas, condenando a las demandas al cumplimiento del contrato, con la consiguiente entrega de los inmuebles a cuya entrega venían obligados en vir-

tud de la permuta concertada o, alternativamente, para el caso del imposible cumplimiento, a la resolución del contrato con el abono de la correspondiente indemnización al demandante por el valor actual de las fincas que le hubiese correspondido recibir. Condenando igualmente al actor al abono a los demandados del importe de las obras de construcción que aquéllos habían llevado a cabo siendo cuenta de aquél.

Contra la decisión de la Audiencia se interpusieron en representación de demandas y actor sendos recursos de casación. En el primer caso con apoyo en cinco motivos: el 1.º (con apoyo en el n.º 5 del artículo 1.692 LEC) por violación del art. 1.253 del C.c., el 2.º (con apoyo en el n.º 5 del art. 1.692 LEC) por infracción del art. 1.283 del C.c., el 3.º (con apoyo en el n.º 3 del art. 1.692 LEC) por infracción de las formas esenciales del juicio, con violación del art. 359 LEC, el 4.º y 5.º (con apoyo en el n.º 5 del art. 1.692 LEC) por infracción de los artículos 1.091 y 1.281 del C.c., respectivamente. En el segundo caso con apoyo en cuatro motivos, todos ellos fundamentados sobre el n.º 5 del artículo 1.692 LEC, por interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 1.100 del C.c., inaplicación del artículo 1.282 del C.c. e infracción del art. 359 LEC (P.B.M.)

18. Responsabilidad por ruina: Ruina funcional.—Una abundante doctrina jurisprudencial pone de relieve que en el concepto de ruina debe entenderse comprendida la llamada «ruina funcional» y «defectos ruinógenos», y en el presente caso la existencia de la ruina ha sido clara, objetiva, fácticamente y jurídicamente declarada en la resolución impugnada.

Condena a reparar daños: Suma ilícida: Intereses.—Es doctrina constante de esta Sala la de que no producen intereses las cantidades ilícidas, entendiéndose, a estos efectos, que hay iliquidez cuando el *quantum* reclamado ha de fijarse o se determina en la sentencia como resultado de la prueba practicada; en tales supuestos los intereses se comenzarán a computar desde el momento de la sentencia; también se ha declarado que no son lo mismo los intereses moratorios propiamente dichos que contempla el art. 1.108 C.c. y los que recoge el art. 921 LEC que nacen *ope legis*.

Compraventa: Intereses del precio.—No proceden en este caso, por no constar acreditado en autos requerimiento alguno de los vendedores a los compradores; además, por no haber otorgado aquéllos las escrituras públicas ni haber requerido a éstos a tal fin, y por último, porque una vez formulada reconvencción por los primeros, consignaron los segundos en el Juzgado las cantidades reclamadas que se ingresaron en la Caja General de Depósitos (Sentencia de 4 noviembre 1991; no ha lugar).

NOTA.—El presente litigio ofrece el clásico planteamiento de unos adquirientes de vivienda que detectan la existencia de vicios ruinógenos en las mismas, reconveniendo los vencedores con la reclamación del precio aplazado. No hay novedad ni en la reiteración del concepto de ruina funcional (con el que el TS se adelantó a la política de protección al con-

sumidor), ni con la aplicación de la regla o aforismo *in illiquidis non fit mora*. En cambio sí merece alguna acotación el tema de los intereses del precio aplazado en la compraventa de inmuebles. A simple vista la producción de intereses debiera ser la regla porque el vendedor se ve privado de la cosa y de sus utilidades, y tampoco puede disponer del precio por haber quedado aplazado. Nuestro art. 1.501, siguiendo al parecer a Pothier, sigue la regla contraria, regulando con criterio restrictivo la deuda de intereses por el tiempo que medie entre la entrega de la cosa y el pago del precio, orientación que la presente S. se limita a ratificar. (G.G.C.)

19. Arrendamiento de obra: Consecuencias de la aceptación de la obra sin mediar manifestación de disconformidad.—«[...] esta Sala tiene manifestado que la aceptación al recibir la obra sin manifestación en tal momento de disconformidad con ella, significa haber sido practicada a satisfacción, pues lo contrario supondría dejar indeterminado en el tiempo el normal efecto producido del contrato de arrendamiento de obra después de aceptada sin manifestación de disconformidad por el propietario (S. de 21 de diciembre de 1981) y ello ha de ser así con mayor razón si al tiempo se llevan a cabo las operaciones liquidatorias teniendo en cuenta las vicisitudes producidas durante la vida del contrato».

Novación. Compete al Tribunal de instancia establecer su carácter modificativo o extintivo.—«[...] pero si, avanzando más en la calificación jurídica del caso concreto, se estima que existe una novación, es de recordar que opera extintivamente y viene configurada tomando en consideración la voluntad de las partes y la significación económica de la modificación que se introduce, conducente a la no subsistencia del vínculo primitivo, produciéndose cuando se crea un contrato posterior entre las partes, correspondiendo a los Tribunales de instancia la facultad de establecer si se dan o no los presupuestos de la novación, tanto modificativa como extintiva [...]».

Criterios de interpretación del convenio transaccional.—«[...] si en el caso concreto se estima que en las relaciones habidas entre las partes existían situaciones jurídicas susceptibles de ser litigiosas y que la liquidación contenía un convenio transaccional, recuérdese que no es lícito con motivo de la interpretación exhumar pactos o cláusulas, vicios o defectos, posiciones o circunstancias afectantes a las relaciones jurídicas cuya colisión o incertidumbre dio lugar a las transacción, sino que será ésta y sólo ella quien regula las reclamaciones futuras ínsitas en la materia transigida, bien integren la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquéllas o la creación de otras distintas [...]». (STS 29 de noviembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—El litigio arranca de un complejo contrato de arrendamiento de obra que se completa posteriormente con otros dos concluyéndose por un convenio liquidatorio y de recepción de obra. Sobre la base del último documento Constructora Necera Internacional, S.A., demanda a la Sociedad Cooperativa Limitada Azoguejo solicitando que, en ejecución de lo convenido, se le condene a otorgar escritura pública

de 18 plazas de garaje en favor de los correspondientes adjudicatarios. Se estima la demanda y parcialmente la reconvención. Apelada la sentencia por ambas partes, es confirmada por la Audiencia en su integridad. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por la demanda. (R.G.S.)

20. Arrendamientos urbanos. Determinación de la condición de heredero para el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 60 de la LAU.—La sustitución de los herederos en todos los derechos y obligaciones del arrendatario del local de negocio fallecido, debida a la muerte de este último, se produce de modo automático al ocurrir el fallecimiento, salvo que falte el deseo del heredero de sustituir al arrendatario fallecido. Pero su ejercicio no puede convertirse en una carga adicional para el propietario, más allá de su estricto ámbito legal, condicionándole a que tenga absolutamente clara cuál es la verdadera situación sucesoria del causante: cuando no se adjudique a algún o algunos herederos determinadamente la propiedad del negocio instalado en el local arrendado, *heredero*, en el sentido del artículo 60 (de la LAU), salvo que medie acuerdo entre los mismos, es la comunidad proindiviso formada por todos los herederos, que es la que sucede en el disfrute del derecho de arrendamiento. (**Sentencia de 5 de noviembre de 1991**; ha lugar al recurso).

HECHOS.—D. M. A. T. R. y otros formularon demanda para que se reconociesen sus derechos *ex art* 60 LAU, como herederos del arrendatario de un local de negocio, solicitando al mismo tiempo la nulidad de la transacción efectuada por el propietario con algunos de los herederos. El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de los de Cáceres estimó parcialmente la demanda. Contra dicha sentencia se interpuso recurso de alzada ante la Audiencia Provincial que revocó la sentencia. Los demandantes formalizaron recurso de casación. El TS declaró haber lugar al recurso casando la sentencia de la Audiencia Provincial. (A.J.C.)

21. Arrendamiento de fincas rústicas sujeto a la Ley especial otorgado por usufructuario. Extinción del usufructo. Regla general del art. 480 C.c.—Según el art. 480 C.c. los contratos de arrendamiento que el usufructuario celebre como tal, se resuelven al fin del usufructo, regla general que no está condicionada por el carácter temporal o vitalicio del usufructo, más allá de la propia duración del derecho real en cuestión, ni por la transmisibilidad o intransmisibilidad de éste, conforme al adagio «donde la ley no distingue, el intérprete no debe distinguir», pues es designio común de la norma, en beneficio del nudo propietario, que la relación arrendaticia sólo perdure mientras subsista el usufructo, designio que tampoco se modifica por la circunstancia de que la adquisición del usufructo se produjera en virtud de juicio ejecutivo seguido de impago de letra de cambio.

Extensión del arrendamiento al año agrícola en curso: Art. 13 LAR de 1980.—La única excepción que, con significado de prórroga legal fundada en razones de equidad, permite la naturaleza especial del contrato arrendaticio sobre finca rústica, es la extensión de la subsistencia del contrato, durante el año agrícola en

curso, pese a la ocurrencia del evento que ocasiona la extinción del usufructo, lo que reitera el art. 13 LAR de 1980.

Cómputo del año agrícola: «Dies a quo».—No puede admitirse que haya que distinguir entre extinción, finalización y resolución del contrato, a efectos de propugnar una supuesta naturaleza constitutiva de la sentencia que establezca la declaración judicial de resolución, para aprovechar la falsa conclusión de que sólo a partir de esta última debe contarse el año agrícola de prórroga, cuando lo cierto es que la sentencia en estos casos se limita a reconocer y declarar que el contrato está resuelto o finalizado a causa de la extinción del usufructo, con eficacia para el cómputo del período del año agrícola correspondiente a partir del momento en que se produjo la extinción del usufructo, que actúa como *dies a quo* a los fines de determinar el año agrícola en cuestión y, en su caso, el curso pendiente del mismo.

Daños y perjuicios por ocupación sin título de la finca reclamada por los nudo propietarios.—Los actores actúan en función de terceros al contrato de arrendamiento que se extinguió, y los daños y perjuicios a que se condena vienen determinados, a causa de la ocupación sin título jurídico de la finca, desde que se extinguió el usufructo, de acuerdo con las exigencias que se derivan del art. 455 C.c. que imponen *a sensu contrario* la aplicación de los arts. 433, 451 y 453 C.c., por lo cual lícitamente podían apoyar su pretensión en el art. 1.902 C.c., sin perjuicio de la doctrina jurisprudencial sobre la unidad conceptual de la culpa (**Sentencia de 20 de diciembre de 1991**; no ha lugar).

NOTA.—La insuficiente exposición fáctica de la sentencia impide conocer particularidades de esa singular adquisición del derecho de usufructo sobre la finca arrendada en juicio ejecutivo por impago de letras de cambio. De cualquier forma resulta correcta la aplicación que se hace del art. 480 C.c. y del correlativo art. 13 LAR de 1980. Comentando aquél dice Maluquer de Motes (Com. Min. Justicia, I, 1285) que al permitir al usufructuario arrendar o hipotecar su derecho, se supera el sentido personal que tenía el usufructo y a manifestar que no está reñido con la propia institución el que el goce directo de las cosas pueda ostentarlo una persona ajena a la relación constituida inicialmente. Si el usufructuario puede enajenar su derecho, con mayor motivo puede establecer una relación de carácter temporal que tiene un marcado matiz de acto de administración. Pero el nudo propietario en ningún momento puede verse perjudicado por esta relación arrendaticia que perdurará mientras subsista el usufructo. La regla general tiene una excepción *pro-cultivatore* con la que el C.c. se adelantó a la legislación protectora del presente siglo, y que se ha reproducido en la legislación vigente. Se trata de una «prórroga legal», como la califica la S., que ya la S. de 16 de marzo 1978 definió como «justa compensación», y ahora se fundamenta en la equidad. Dice Maluquer de Motes (*loc. cit.*, p. 1288) que la noción de año agrícola se está refiriendo a la idea de «fecha a fecha» o de «siega a siega», como expresivo de un período corto de tiempo que normalmente no excede del

año, aunque no coincidente con el año natural. En el presente caso tal período el recurrente lo ha querido prolongar difiriendo el *dies a quo*, pero en vano por razones convincentes. Ha sido Ponente el ilustre procesalista Excmo. Sr. Almagro Nosete. (G.G.C.)

22. Arrendamiento de servicios. Desistimiento unilateral del arrendatario previsto en el propio contrato. Indemnización por pacto expreso en favor del arrendador —Cláusula penal—: En tal caso no es lícito duplicar los conceptos indemnizatorios invocando el artículo 1.124 del C.c.—«...no cabe deducir que la indemnización por falta de preaviso (...) suponga la obligación de indemnizar en forma que abarque los emolumentos correspondientes a dos períodos de tiempo (...), sino que, como bien ha advertido y plasmado la Sala de Instancia en la Sentencia, en el caso de preaviso por las demandadas, con la mentada antelación mínima de los seis meses a la fecha real de cancelación, la indemnización por tal evento quedaría fijada como mínimo en la cuantía equivalente al precio anula de sus servicios (...) sin que tenga por tanto que sumarse a ello una pretendida indemnización correspondiente a esos seis meses ...» (F.D. 2.º)

«...no les es lícito ahora a la actora y recurrente duplicar conceptos indemnizatorios invocando el artículo 1.124 del C.c., como vulnerado pues la Sala de instancia se ha atendido a la convención de las propias partes en orden a la concreción del perjuicio que se derivaría de la rescisión unilateral por parte de las prestatarias de los servicios que obviamente prima sobre toda otra consideración de tipo general y abstracto por imperio de los arts. 1.255, 1.256 y 1.257 del citado Cuerpo legal, máxime si como en el presente caso tal concreción indemnizatoria opera en forma similar a una cláusula penal implícita dado los términos en que fue redactada la ‘Addendum’ y lo establecido en el artículo 1.152 del citado Código sustantivo...» (F.D. 3.º)

Cláusula penal sustitutoria: Sustituye a la indemnización de daños y perjuicios, sin necesidad de probar la cuantía y efectividad del daño, permitiendo el desistimiento unilateral del contrato. Facultad moderadora de los tribunales: Corresponde a los de instancia (art. 1.154).—«...Incluso atendiendo a la naturaleza de la cláusula que, como se dijo, opera como cláusula penal para el supuesto que en la misma se prevé y como compensación al privilegio concedido a los armadores de rescisión unilateral y voluntaria, siempre que no tenga como causa el incumplimiento de la actora quebrando con ello las perspectivas económicas de la misma, no es viable la aplicación de la facultad moderadora del artículo 1.154 del Código civil que, como en el caso presente, la doctrina de esta Sala reserva con exclusividad a la de Instancia, siendo tan sólo factible su revisión en casación cuando se haya podido con anterioridad descalificar la situación fáctica en que se apoyó el Tribunal de instancia para hacer uso de esa voluntad o juicio valorativo del que puede deducirse el principio de equidad que anida en esa facultad moderadora para que pueda ser objeto de aplicación...» (F.D. 7.º)

«...Precisamente el art. 1.152 del C.c. al definir lo que ha de conceptuarse como cláusula penal, en orden a su finalidad, que por vía del pacto establece el ‘quantum’ indemnizatorio y su efecto sustitutorio respecto de la indemnización de daños y perjuicios, comporta en forma sintética, abreviada y elusiva de toda prueba procesal.

esa concreción que evita toda demostración alusiva a esos daños y perjuicios, por virtud de la propia voluntad de las partes contractuales, por lo que sólo en caso cualificados y por pulsación exacta de las circunstancias que rodean el tracto de cumplimiento de los contratos pueden los tribunales de instancia modificar en aras de la equidad y orillando el enriquecimiento de una de las partes (artículo 1154 C.c.)...» (F.D. 10.º).

Documento público: Valor de las actas notariales de manifestación como medio de prueba: Carecen de tal valor probatorio al carecer de toda garantía de contradicción.—«...el acta notarial no es por naturaleza más que un simple instrumento documental constatante de unas declaraciones prestadas unilateralmente y extrajudicialmente por un tercero que se dice conocedor de las circunstancias en que se desenvolvió la ejecución del contrato de arrendamiento de servicios, lo que descalifica a tal instrumento como documento y como prueba testifical inclusive ya que carece de toda garantía de contradicción que es el ingrediente esencial para su virtualidad procesal, máxime cuando el fedatario público no garantiza con su intervención la verdad intrínseca de las manifestaciones hechas a su presencia, sino tan sólo la certeza de que lo han sido (SS. 27 de noviembre de 1985, 28 de septiembre de 1986, 22 de diciembre de 1987 y 23 de enero de 1988)...» (F.D. 4.º).

Responsabilidad solidaria (art. 1.137 C.c.): No es precisa su constancia o manifestación expresa y terminante, bastando con que pueda deducirse de forma evidente de la voluntad de las partes contratantes.—«...conforme a la doctrina de esta Sala, la solidaridad no ha de requerir para su establecimiento, su expresión con constancia, expresa, escrita, literal, ni por tanto el empleo específico del vocablo que lo represente, sino que basta que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de poder exigir o prestar íntegramente la cosa objeto de la obligación (SS. 20 noviembre de 1955, 30 de marzo de 1973, 2 de marzo de 1981, 7 de octubre de 1982, 20 de octubre de 1986, 12 de mayo de 1987 y 20 de mayo de 1990)...» (F.D. 8.º) (STS de 19-XII-1991. Ponente: Sr. Malpica y González-Elipe; no ha lugar a ninguno de los recursos de casación interpuestos).

HECHOS.—El día 1 de diciembre de 1986 se suscribieron ocho contratos relativos a otros tantos buques, por los que «Naviera Castellana, S.A.» y «Astilleros Españoles, S.A.», encomendaba a «Operadores Marítimos, S.A.», la prestación de servicios de Inspección y mantenimiento de los citados barcos, que habían sido arrendados a la Compañía Naviera Mambisa de Cuba.

El 3 de julio de 1987, con ocasión de ciertas diferencias en el seguimiento y mantenimiento del contrato, «Operadores Marítimos, S.A.», requirió notarialmente a las otras dos empresas contratantes para que abonasen ciertos meses adeudados en el término de cinco días, bajo apercibimiento de que no hacerlo habría de entenderse que las requeridas no tenían interés en mantener la vigencia del contrato, lo que habría de interpretarse como una rescisión unilateral del contrato de los mismos, con la consiguiente indemnización derivada de tal incumplimiento y prevista contractualmente. El día 7 de julio de 1987 fue

contestado el requerimiento, dando por resueltos los contratos suscritos, bajo la alegación de incumplimiento de las prestaciones debidas por la requirente.

Ante tales circunstancias «Operadores Marítimos, S.A.», interpuso demanda en juicio de menor cuantía contra «Naviera Castellana, S.A.» y «Astilleros Españoles, S.A.», ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de Madrid, solicitando se condenase a los demandados al abono de 92.993.336 ptas., como pago de la mensualidad no satisfecha e indemnización por rescisión unilateral de los contratos y falta de preaviso, más el abono de intereses. Las demandas se opusieron, alegando «Astilleros Españoles, S.A.», su falta de legitimación pasiva y solicitando su absolución, y «Naviera Castellana, S.A.», la declaración de rescisión de los contratos, con devolución de ciertas cantidades anticipadas por ellos, más la correspondiente indemnización de daños y perjuicios e intereses.

La Sentencia de Primera Instancia (14-IV-1988) estimó íntegramente la demanda, que fue revocada en parte en apelación (S. AP. Madrid, de 2-III-1989) que denegó la cantidad solicitada por incumplimiento de los seis meses de preaviso, confirmándose en cuanto al resto.

Se interpusieron tres recursos de casación, en representación de cada una de las partes intervinientes. En representación de la parte actora, articulado en dos motivos, ambos con apoyo en el n.º 5 del art. 1.692 LEC por infracción de los arts. 1.281 (el 1.º) y 1.124.2 (el 2.º) del C.c. En representación de «Astilleros Españoles, S.A.», articulado en tres motivos, igualmente con apoyo en el n.º 5 del art. 1.692 LEC, por infracción del artículo 1.137 C.c. (el 1.º), art. 1.124 C.c. (el 2.º) y por inaplicación del art. 1.124 en relación con el 1.101 del C.c. (el 3.º). Y por último en representación de «Naviera Castellana, S.A.», articulado en cuatro motivos, con apoyo el 1.º en el n.º 4.º del art. 1.692 LEC por error en la apreciación de la prueba, y los tres restantes con apoyo en el n.º 5 del art. 1.692 LEC, por infracción del art. 1.256 C.c. (el 2.º), art. 1.124 (el 3.º) y 1.124.2 en relación con los arts. 1.100 y 1.101 del C.c. (el 4.º). (P.B.M.).

23. Reclamación de cantidad. Pretensión indemnizatoria. Objetivación de responsabilidad.—Si bien se trata de hechos que por su especial naturaleza ofrecen gran dificultad para su prueba, en su aspecto negativo, por quien ha sufrido el daño, y por el contrario son fácilmente susceptibles de la misma por el causante de aquél. En el presente caso no hay un adecuado sustento probatorio, singularmente en el aspecto relativo a constituir una incidencia relevante en el desencadenamiento o en el concurrir causal del siniestro pues no hay base adecuada para razonar que las circunstancias fácticas hayan influido y menos con sustento culposo en el evento ni siquiera es observable la concurrencia de una mera irregularidad por lo que ni se aprecia una situación de conjunción de culpas susceptible de determinar una consecuencia compensatoria moderada del importe indemnizatorio, a todo lo cual ha de estarse en casación en cuanto a lo que implica de valoración probatoria. (STS 23 de octubre de 1991; no ha lugar) (F.L.L.Y.).

24. Culpa extracontractual. Muerte por atropello. Cruce de vías férreas en estado de embriaguez. Concurrencia de culpas. Falta de aislamiento de la

vía al atravesar núcleos de población.—Según reiterada doctrina jurisprudencial, tanto la existencia del indispensable nexo causal entre el daño y el acto u omisión del sujeto, como la existencia de culpa o negligencia pueden ser revisados en casación, por lo que procede estimar parcialmente el motivo dado que, partiendo de que la culpa del accidente la tuvo fundamentalmente el infortunado esposo de la recurrente al intentar atravesar las vías en estado de intoxicación etílica, a la producción del evento también concurrió una conducta omisiva de RENFE, pues los muros de cerramiento, contruidos a ambos lados de las vías férreas, estaban destruidos en la fecha del accidente, por lo que, de hecho, era un libre paso para peatones, sin que existieran vigilantes ni señales indicativas que lo prohibieran, aunque esta responsabilidad era de mucha menos intensidad en su reproche jurídico que la de aquél, pues se ha probado que RENFE había construido, muy cerca del lugar, pasos inferiores y elevados, ninguno de los cuales fue usado por el fallecido, que prefirió cruzar la vía férrea (**Sentencia de 30 de diciembre de 1991**; ha lugar en parte).

NOTA.—¿Hasta dónde llegan las obligaciones de la RENFE en relación con las vías que atraviesan núcleos urbanos cuando los cerramientos reglamentarios son destrozados por los particulares? Las circunstancias del luctuoso hecho base del recurso eran de tal apariencia que originaron el rechace de la demanda en ambas instancias; la víctima se encontraba en estado de embriaguez cuando intentaba pasar al otro lado de la localidad atravesando un paso abusivo. El TS en ponencia del Excmo. Sr. Guillón Ballesteros analiza minuciosamente los hechos y encuentra en la conducta de la demanda una negligencia leve, que le permite estimar parcialmente la demanda, aunque rebajando la cuantía de la indemnización de siete a dos millones de ptas. en favor de la viuda, que actúa por sí y en nombre de dos hijas menores. Solución, sin duda, equitativa, que no deja, sin embargo, de suscitar alguna reflexión. Los hechos ocurren en el km 4,100 de la vía férrea Madrid-Barcelona, entre el apeadero de Entrevías y la estación de Vallecas, y en el momento del accidente los muros de cerramiento estaban parcialmente destruidos. No se dice el tiempo que llevaban en tal situación, y se imputa la falta de previsión de las consecuencias que pudieran producirse por esa falta de aislamiento, mientras no se llevaran a cabo las obras de cierre; *ad ex* se menciona colocar vigilancia o implantar barreras. Pero ¿puede exigirse a RENFE que coloque guardias en todos los pasos abusivos, o que instale barreras? ¿Servirían estas últimas para detener a una persona en estado de intoxicación etílica? ¿Hubieran podido aquéllos impedir el accidente? ¿No puede considerarse exculpatorio el haber construido muy cerca del lugar del accidente varios pasos inferiores y elevados? La S. recoge el dato de que con posterioridad al accidente, se llevaron a cabo las obras que hicieron físicamente imposible el cruce de las vías por los peatones. Lo que desgraciadamente es habitual entre nosotros.

Dice PANTALEÓN PRIETO (Com. Min. Justicia, II, p. 1997) que la jurisprudencia civil está dividida sobre si, para determinar la proporción en que debe reducirse en estos casos la cuantía indemnizatoria haya de atenderse a la respectiva entidad de las culpas concurrentes (SS. 13 febrero 1984, 21 junio 1985, 22 abril 1987, 7 diciembre 1987, 30 junio

1988, 7 octubre 1988 y 12 julio 1989), o a la contribución causal de las conductas concurrentes a la producción del evento dañoso (SS. 18 mayo 1970, 14 junio 1973, 31 marzo 1978, 25 marzo 1980, 20 febrero 1987 y 25 noviembre 1988; siendo poco clara la S. de 9 octubre 1989), pareciendo al autor más correcto atender prioritariamente al segundo de los criterios. La presente sentencia, en cambio, parece inclinarse por el primero, dado que enfatiza sobre la magnitud de las culpas respectivas (aunque propiamente la víctima no era imputable dado su grado de intoxicación etílica, por lo cual sólo puede hablarse de conducta «objetivamente culposa o imprudente»): «La culpa del accidente la tuvo fundamentalmente el infortunado esposo de la recurrente (aunque) a la producción del evento también concurrió una conducta omisiva de RENFE, aunque de menor intensidad en su reproche jurídico que la de aquél». Añadiendo más adelante: «Concurriendo la acción culposa del fallecido con la omisión culposa de RENFE en la producción del suceso, es indispensable valorar cuál fue la más reprochable, y el análisis lógico de lo acontecido lleva a la conclusión que fue la del esposo de la actora». Todo ello parece corroborar el carácter equitativo, ya indicado, de la presente sentencia. (G.G.C.)

25. Culpa extracontractual. Daños causados a menor por colisión con cristalera de hotel no señalizada. Concurrencia de ilícitos culposos. Responsabilidad del director y de la empresa hotelera.—Las lesiones de la menor se produjeron como consecuencia de su choque con una cristalera del Hotel en que se hospedaba, al no estar provista de la correspondiente señalización que hiciera notar su existencia, en cuyo hecho hay concurrencia de ilícitos culposos ya que en el Director del Hotel se da la omisión y abstención, el *non facere*, la contravención del principio *alterum non laedere*, el no actuar con la diligencia que exigía su cargo, el no prever lo que debía ser previsto, el no ordenar la oportuna señalización en las cristaleras, conducta plenamente incardinada en el art. 1.902, mientras que a la entidad mercantil se aplica el art. 1.903 párrafo 4.º, por lo que no cabe, en modo alguno, la aplicación extensiva del art. 1.907, forma aquélla de responsabilidad por culpa *in vigilando* o *in eligendo*, que repetidamente se ha declarado no ser subsidiario, sino directa.

Solidaridad.—Habiendo concurrencia de ilícitos, procede la solidaridad como medio de protección a los perjudicados según reiterada jurisprudencia (**Sentencia de 4 noviembre 1991**; no ha lugar).

NOTA.—La única singularidad de esta S. radica en la argumentación empleada por el Director del Hotel para lograr su exoneración, basada en la disyuntiva usada en el art. 1.903, pár. 4.º, «dueños o directores de un establecimiento», en vez de la copulativa, alegando que al haber sido condenada la empresa propietaria del Hotel —que se aquietó con la S. de apelación— procedía la absolución del Director. Argumentación habilidosa que el TS desestima al identificar la culpabilidad de esté último basada en hechos propios de omisión y negligencia, que bien pueden estimarse haber sido causa inmediata del daño causado. A ello

no obsta el que pueda adicionarse la responsabilidad empresarial por hecho de sus dependientes *lato sensu*, entre los que ha de incluirse, en lugar destacado, el Director. Si la negligencia causante del daño se hubiera imputado a otro empleado del Hotel (por ejemplo, un conserje), con la responsabilidad de este último concurriría también la del propio Director con base en el art. 1.903 párr. 4.º Por lo demás, como hace notar D. Angel Yaguez, el perjudicado puede demandar sólo al empresario, sólo al empleado causante del daño, o a ambos a la vez (Comentarios Min. Justicia, II, 2015). (G.G.C.)

26. La negligencia en el reconocimiento de un presunto delincuente es un ilícito civil generador de responsabilidad extracontractual.—«[...] la violación del artículo 1.902 del Código Civil, que en efecto ha de admitirse por cuanto que la prisión decretada y sufrida por el actor, tuvo como diligencia determinante de dicha resolución del Instructor, el reconocimiento hecho por el demandado [...] —empleado en la ventanilla donde se verificó el pago que efectuó él mismo, siendo por tanto testigo de mayor excepción—, del actor como tal persona que le presentó en ventanilla y cobró el talón falsificado; reconocimiento que verificó en Comisaría y ratificó en el Juzgado con la cualidad de 'sin ningún género de dudas', siendo así que tal reconocimiento a través de las fotografías que le fueron exhibidas por la Policía, y sin tener el hoy demandado en su poder otras fotografías de contraste puesto que la unida al Documento Nacional de Identidad del presentante del mismo obviamente se la llevó consigo, por lo que ha de advertirse una marcada ligereza al afirmarse con tal contundencia la identidad del sujeto que exhibió el Documento Nacional de Identidad con el actual actor ya que una y otra fotografías —la de la Comisaría y la del Documento Nacional de Identidad, que fue exhibido—, no podían representar a la misma persona pues lógicamente, la fotografía adherida al Documento Nacional de Identidad, tenía que haber sido suplantada por una del propio presentador para no arriesgarse a ser descubierto. Ello encuadra tal actitud y conducta, aunque plausible en el fondo por lo que representa de colaboración con la Justicia, en el artículo 1.902 del Código Civil, ya que supone una falta de diligencia o negligencia que reviste la categoría de hecho ilícito civil, máxime dada la trascendencia del acto judicial en que se produce [...]».

Responsabilidad de la entidad bancaria respecto de los perjuicios causados por sus empleados con ocasión del ejercicio de sus funciones.—«El cuarto motivo [...] señala la violación del artículo 1.903 del Código civil y jurisprudencia que lo interpreta [...] [...] adivinando el desarrollo del motivo, que se refiere al párrafo cuarto proyectando la responsabilidad sobre la Entidad Bancaria en cuyas dependencias se verificó el pago del talón falsificado, ha de ponerse de relieve que el daño inferido al actor, no procede del pago del talón, del que se responsabiliza en cuanto a tal hecho y a ello hubiere lugar, por su actuación a través de sus apoderados y empleados, pero es que ello no tiene la menor vinculación o relación de causalidad con el procesamiento y prisión del actor que se produce por la errónea y negligente conducta del empleado al identificar al actor como el falsificador y estafador con el cobro del talón bancario, pero es que tal reconocimiento escapa absolutamente del ámbito propio de sus funciones laborales bancarias, constituyendo un acto individual al que venía obligado como ciudadano por la ley y con plena desvinculación de la Empresa mercantil con la que está ligado laboralmente, y en

las que no entra bajo ningún concepto la identificación del delincuente; y este hecho de la identificación negligente y errónea es el acto desencadenante del aparato judicial que basado en tal error racionalmente, es el que produjo el perjuicio que es objeto de la reclamación de restauración pecuniaria [...]». (STS 19 de noviembre de 1991; ha lugar).

HECHOS.—Un individuo cobra un cheque falsificado sirviéndose del Documento Nacional de Identidad del actor, a quien le había sido sustraído. Procesado éste, sufre prisión provisional por unos días quedando en libertad al no apreciarse responsabilidad criminal. Demanda el actor al empleado del banco que pagó el cheque y a la propia entidad bancaria reclamándoles determinada cantidad en concepto de gastos y de daños morales. Recae sentencia desestimatoria en la instancia. Se rechaza la apelación. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación. (R.G.S.)

4. DERECHOS REALES

27. Prohibiciones de disponer. Interpretación restrictiva.—«Es de señalar... que siendo la prohibición de disponer un límite a una de las más normales y generalizadas facultades del *dominus*, la del *ius disponendi*, su interpretación ha de realizarse con criterio restrictivo y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por quien establece tal limitación, finalidad que puede observarse en la Sentencia de esta Sala de 25 de junio de 1945 y en la R.D.G.R.N, de 20 de junio de 1913».

Prohibición de disponer sin determinación de tiempo ni de grado.—«Aunque la prohibición de disponer se establece con un límite, representado por el hecho de mantenerla 'hasta tanto que hubieren fallecido todos los herederos de los causantes', entre tales herederos se incluye con derecho de sustitución a toda su descendencia legítima sin límite de grado, por lo que es de imposible determinación por el momento en que dicha prohibición concluye, lo convierte en abstractamente perpetua a la misma». Por ello, resulta evidente que la prohibición de disponer se presenta en principio sin determinación de tiempo ni de grado, por lo que ha de ser de aplicación el principio de que *pactum de non alienando res propria non valet*, que establece la inadmisibilidad de los pactos de no enajenar concebidos en términos absolutos.

Función para el caso de contravención.—«En todo caso, aunque se admitiese la validez de la expresada limitación del derecho a disponer, cosa que aquí no ocurre, lo que procedería no es la declaración de invalidez o nulidad del contrato de compraventa que contraviene la prohibición de disponer, sino a lo sumo y conforme a lo indicado en la Sentencia del TS de 25 de junio de 1945, la indemnización de daños y perjuicios». (Sentencia de 13 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—El 12-7-67, se otorgó testamento en el que se establecía que «ninguno de los partícipes en la herencia, podría vender a persona

extraña ninguna de las partes indivisas del pozo-noria existente en la finca...» Ante la venta, de una parte indivisa del pozo-noria, uno de los comuneros promueve demanda solicitando que se declare inexistente el contrato de compraventa. (I.H.M.)

28. Suficiencia de poder. Transacción. Actuación de uno de los comuneros en interés de la comunidad.—Versando la transacción litigiosa sobre un bien perteneciente *pro indiviso* a las permutantes y a los hijos de la primera, ha de estarse, en orden a la enajenación del mismo, a lo dispuesto en el art. 397 del Código civil, precepto ciertamente aplicable al caso según la doctrina jurisprudencial que requiere de la unanimidad de los copropietarios para disponer de la cosa común, dado que las alteraciones en ésta, a que se refiere el artículo citado, no sólo comprende las de índole material, sino también las jurídicas.

Hay que distinguir entre que un copropietario esté facultado para accionar en beneficio de la comunidad, y que, si se llega a una transacción, pueda realizarla mediante la permuta de la cosa común sin consentimiento de alguno de los condóminos, siendo inaceptable inferir de la primera facultad tal consentimiento.

No se estima prestado el consentimiento tácito de los tres hijos de la recurrida, al acto instrumentado por su madre, al suscribir la permuta transaccional, por el hecho de que aquéllos le tuvieran conferidos poderes a ésta con facultades de vender y segregar, pues no intervino en la transacción en nombre de éstos sino en el suyo propio.

La recurrida no se hallaba facultada para transigir sobre los bienes y derechos de sus hijos, para lo cual es necesario, al igual que con la permuta, mandato expreso —art. 1.723, 2.º del C.c.—, que más bien equivale a *especial*, pues el poder en cuestión se refiere a *vender o ceder los bienes o participaciones indivisas de los mismos que les correspondan por cualquier concepto o título, y al efecto concertar enajenaciones con las personas, en la forma y bajo los pactos y por los precios que a bien tenga...* y es claro que la venta o cesión de bienes no comprende la transacción definida en el art. 1.809 del C.c. —a más de que el art. 1.713, 2.º ya distingue entre transigir y enajenar—, ni siquiera la permuta. (Sentencia de 11 de noviembre de 1991; no ha lugar al recurso).

HECHOS.—D. M. M. G., y otros formularon demanda de nulidad de un contrato de permuta, contra «P.M.N., S.A.», ante el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de los de Alicante, que desestimó la demanda y estimó en parte la reconvencción formulada por la entidad demandada. El recurso de apelación interpuesto por los demandantes fue estimado por la Audiencia Provincial, que no admitió el recurso de apelación interpuesto a su vez por la entidad demandada. El TS declaró no haber lugar al recurso. (A.J.C.)

5. DERECHO DE FAMILIA

29. Sociedad de gananciales: Un aval prestado por un cónyuge no es en sí mismo acto de disposición de bienes.—Como regla general, un cónyuge no puede disponer de bienes gananciales, y caso de hacerlo, el acto sólo sería anulable a ins-

tancia del otro cónyuge (art. 65 del Código civil en su redacción de la ley 14/1975, de 25 de mayo, que se corresponde con el actual 1.322 del propio C.c.). Pero en principio, un aval prestado por mujer casada, ni estaba prohibido por la ley ni entrañaba en sí mismo acto de disposición de bienes gananciales. Sólo cuando la obligación avalada vence, es exigida y se persiguen bienes para hacerla efectiva, puede plantearse si la afección de bienes para su pago es o no permitida por el régimen matrimonial sin consentimiento del marido o de la mujer. (**Sentencia de 30 de septiembre de 1991**; no ha lugar). (I.H.M.)

30. Filiación: Aplicación de la Ley de 13 de mayo de 1981. Absorción de la acción de impugnación por la de reclamación de la paternidad.—Ha de aplicarse la Ley de 13 de mayo de 1981, que reforma el Código civil en materia de aplicación, cuando la sucesión del padre cuestionado (cuya paternidad se reclama) haya sido abierta rigiendo ya esta ley con independencia de cuál haya sido la fecha de fallecimiento de la persona cuya paternidad es impugnada. Ello es así, en cuanto la acción de impugnación solamente se ejercita en cuanto sirve de complemento de éxito de la acción de reclamación. No otra consecuencia se deduce claramente de la jurisprudencia de esta Sala. (STS de 3 de junio de 1988 y 23 de febrero de 1990).

Posesión de estado: Apreciable por el Tribunal de Instancia.—La posesión de estado, como cuestión de hecho (Sentencias, entre otras, de 17 de marzo y 7 de diciembre de 1988) compete en su estimación al Tribunal de instancia, que la deduce del conjunto de hechos que aprecia, unos personales y directos del mismo padre, otros de pruebas indirectas, a los que alude la ley al referirse «a otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo (art. 135 *in fine* del Código civil), entre los que figura, como uno de los principales el resultado de las pruebas biológicas practicadas». (STS 20 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—La demandante solicita como petición fundamental que se declare su filiación no matrimonial respecto de A. O. A. y como consecuencia de esta petición, que la actora no es hija biológica de F. J., que se proceda a la rectificación del Registro civil y que es la única heredera del fallecido cuya paternidad reclama. Las peticiones fueron estimadas por el juez en primera instancia y confirmadas en apelación. (I.H.M.)

6. DERECHO DE SUCESIONES

31. Testamento abierto. Nulidad. Inhabilidad para ser testigo por tener interés directo en el pleito: No existe en el Notario autorizante que se limita a testificar sobre hechos de los que ha dado fe en el ejercicio de su función (artículo 1.247.1 C.c.). Existe si la resolución repercute en la persona, bienes o intereses del testigo.—«...La alegación del interés directo en el testigo a que se refiere el artículo 1.247, n.º 1, no es aplicable al Notario autorizante del testamento cuya nulidad se pide, sobre todo cuando se refiere su declaración a hechos de los que en ejercicio de su función ha dado fe al autorizar el documento (...). Por su parte, es muy razonable el criterio de la doctrina científica que, partiendo de la vaguedad de

la frase 'tener interés directo', sostiene que ha de atenderse al efecto de cosa juzgada de la sentencia, ya que si ésta va a afectar al testigo en su persona, bienes o intereses, evidentemente tal circunstancia le inhabilitaría para testificar...» (F.D.2º).

Forma del testamento abierto (art. 695 C.c.): Las instrucciones previas pueden ser verbales o escritas y darse sin la presencia de los testigos. El asentimiento del testador puede manifestarse de palabra o mediante signos inequívocos en tal sentido. La capacidad del testador se presume.—«...Reiterada jurisprudencia se ha referido, sin aludir a si las instrucciones previas al testamento dadas por el testador al Notario han de ser verbales o escritas (...), bastando conste que efectivamente aquellas instrucciones se probó fueron hechas (...) es evidente que, constando la consciencia del testador (...) es suficiente que asienta el contenido leído del testamento mediante movimientos de cabeza, tan inequívocos en su significado e interpretación como un asentimiento manifestado por medio de la palabra (...). Todo ello conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial de que las instrucciones previas a la redacción del testamento pueden darse sin necesidad de la presencia de los testigos, y así se hizo verbalmente en el caso debatido en época en que el testador conservaba el habla (...). Todo ello corroborado en cuanto a su eficacia por la también reiterada jurisprudencia de que la capacidad legal de todo testador se presume, y que la prueba en contrario ha de ser de todo punto convincente...» (F.D. 3º).

Unidad de acto: Consiste en la lectura del testamento en alta voz por el Notario y firma de los asistentes. La existencia de instrucciones previas por el testador sin la presencia de los testigos en tal momento no la destruye (artículo 699 C.c.).—«...no son de tener en cuenta como contrarios a esa unidad de acto los hechos que el motivo refiere (haber dado con anterioridad instrucciones verbales al Notario, el que transcurrieran varios meses desde el día en que se dieron esas instrucciones hasta el día del otorgamiento del testamento, el que el Notario fuera avisado por el sobrino del testador al que nombró heredero), hechos que desde luego no permiten llegar acertadamente a la conclusión de que el acto del otorgamiento del testamento impugnado no guardó la exigible unidad de acto; requisito que consiste según conocida jurisprudencia en la lectura del testamento en alta voz por el Notario y firma de los asistentes, equivaliendo la expresión de conformidad del otorgante al cumplimiento del primer requisito exigido por el artículo 695 del C.c., sin que sea preciso ni necesario que los testigos oigan de boca del testador cada una de las disposiciones testamentarias...» (F.D. 4º) (STS de 30 de noviembre de 1991. Ponente: Sr. Santos Briz; no ha lugar al recurso de casación interpuesto).

HECHOS.—D. Agustín L. C. otorgó testamento abierto el día 9 de mayo de 1985, cuyo único contenido dispositivo fue la institución de su sobrino D. Pablo L. L., como único y universal heredero de sus bienes, derechos y acciones, y en defecto de éste, sus descendientes. No obstante, la última voluntad expresada había sido notificada previamente por el causante al Notario el 14 de noviembre de 1984, por el que el testamento había sido redactado ya a falta de los nombres de los testigos.

El día 1 de abril de 1985, el testador había sufrido un accidente cerebro-vascular, quedándole la secuela de una hemiparálisis derecha con pérdida del habla, situación que persistió tras ser dado de alta el día 2 de mayo siguiente, lo que sin embargo, de conformidad con los informes médicos presentados, no afectó a su capacidad en el momento de otorgar testamento.

Los hermanos del testador, D. José L. C., Dña. María L. C., doña. Encarnación L. C. y D. Mariano L. C. interpusieron demanda en juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia de Sigüenza contra el heredero, D. Pablo L. C. sobre nulidad del citado testamento, que fue desestimada por sentencia de 2 de febrero de 1987. Apelada por los actores, la Sección 10.ª de la Audiencia Provincial de Madrid confirmó la decisión de instancia en sentencia de 16 de septiembre de 1989. Se interpuso recurso de casación en representación de los actores, articulado en tres motivos: el 1º (al amparo del n.º 3 del art. 1.692 de la L.E.C.) por infracción del art. 1.245 en relación con el 1.247,1 del C.c. al considerar inhábil el testimonio vertido como testigo del notario autorizante, por estimarle con interés directo en el pleito. El 2º (al amparo del n.º 5 del artículo 1.692 de la L.E.C.) por infracción del art. 695 del C.c. El 3º (al amparo del, n.º 5 del art. 1.692 de la L.E.C.) por infracción del art. 699 del C.c. (P.B.M.)

32. Derecho civil catalán. Validez del codicilo en relación con el testamento que complementa.—Junto a su autenticidad caligráfica (requisitos formales *extrínsecos*), que reúnen tanto el testamento como el codicilo, ha de advertirse lo que pudiéramos denominar formalidad *intrínseca* del codicilo catalán, a través de su significado y naturaleza jurídica, porque dada su definición por la doctrina más especializada y lo dispuesto en el artículo 105 de la Compilación Foral Catalana, según los cuales al ser una disposición breve de última voluntad sin institución de herederos principal, directo y definitivo, que completa o reduce los testamento, pero que precisa de las mismas solemnidades externas de éstos, es patente que su contenido *intrínseco* al estar supeditado, o al menos íntimamente relacionado con un testamento, puede adolecer gravemente del riesgo de nulidad si está en relación, sujeción o supeditación falla en el ámbito del rigor formal externo y extremo de que ha de estar revestido, cual es el caso que aquí se contempla al referirse claramente al testamento otorgado en la misma fecha del codicilo, o sea el 28 de febrero de 1975, que al no haberse aportado ni indicado siquiera nada de su posible existencia, quíerese decir que procesalmente hay un vacío que no puede rellenarse queriendo sustituirlo por el otorgado cinco meses antes pretendiendo que a él debería referirse el testador, porque ello nos hace incidir en una valoración o juicio de intenciones que no es factible en documentos en que el rigor formal externo adquiere un carácter trascendente e insalvable (**Sentencia de 7 de diciembre de 1991**: ha lugar al recurso).

HECHOS.—D.ª M.T.I.U. y otro formularon demanda para que se reconociese y protocolizase el testamento y un codicilo del fallecido don F.J.A., estimándose la demanda en primera instancia. Presentado recurso de apelación por la esposa e hijos del causante, fue desestimado por

la entonces Sala 2.^a de lo Civil de la también entonces Audiencia Territorial de Barcelona. El T.S. admitió el recurso, casando la sentencia de la Audiencia y revocando parcialmente la del Juzgado de 1.^a Instancia. (A.J.C.)

33. Institución de heredero: Requisitos del testamento abierto: La unidad del acto.—La capacidad legal de todo testador se presume y que la prueba en contrario ha de ser de todo punto convincente, apreciación que tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la sala de instancia.

En otro orden de cosas, no son de tener en cuenta como contrarios a esa «unidad de acto», el hecho de haber dado con anterioridad instrucciones verbales al notario, o bien el que transcurrieran varios meses desde el día en que se dieron esas instrucciones hasta el del otorgamiento del testamento, hechos que desde luego no permiten llegar acertadamente a la conclusión de que el acto del otorgamiento del testamento, impugnado no guarda la exigible unidad de acto; requisito que consiste según conocida jurisprudencia en la lectura del testamento en alta voz por el notario y firma de los asistentes, equivaliendo la expresión de conformidad del otorgante al cumplimiento del primer requisito exigido por el art. 695 del Código Civil, sin que sea preciso ni necesario que los testigos oigan de boca del testador cada una de las disposiciones testamentarias. (Sentencia de 30 de noviembre de 1991; no ha lugar).

NOTA.—Como hemos puesto de relieve en nuestro volumen II (primera parte) en cuanto al tema de la unidad de acto, la mayoría de las legislaciones sólo exige que se cumpla, los requisitos de la lectura, conformidad y autorización. La doctrina jurisprudencial también confirma este criterio entendiendo que el acto de testar en su unidad necesaria no principia hasta que reunidos el testador, testigos y notario, se comienza por éste la lectura del testamento que se redactó según las instrucciones previas de aquél (Sentencia de 29 de diciembre de 1927, entre otras), precisando la Sentencia de 31 de mayo de 1961 que el hecho de haber recibido el notario del testador las instrucciones previas para su redacción y no a presencia de los testigos, *no implica una falta de cumplimiento del requisito de la unidad de acto*. En fin, de esta inteligencia jurisprudencial se deduce como bien nos afirma ARENAL OTERO, que la unidad de acto comienza con la lectura del testamento y finaliza con la autorización. (F.L.L.Y.)

II. DERECHO MERCANTIL

34. Criterio de distinción de marcas combinadas o mixtas.—El examen de la posible incompatibilidad entre marcas combinadas o mixtas, formadas a la vez por fonemas y elementos gráficos, requiere el estudio tanto de la parte denominativa como de las representaciones gráficas. Sólo tal visión de conjunto permitirá con-

cluir si las marcas en cuestión conducen a error a los consumidores. (STS de 20 de noviembre de 1991, no ha lugar).

HECHOS.—El objeto del litigio consiste en la solicitud de la sociedad demandante de que se declare la nulidad de unas marcas, inscritas con posterioridad a las suyas, por semejanza fonética entre ellas que induce a confusión. El Tribunal Supremo desestima el único motivo de casación alegado por la recurrente, entendiendo que no existe tal incompatibilidad entre las marcas. Revoca la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia y confirma la de la Audiencia. (A.R.G.)

35. Criterio de distinción entre marcas.—No pueden admitirse en el Registro como marcas los distintivos que, por su semejanza fonética o gráfica con otros ya registrados, induzcan a error o confusión en el mercado (art. 124.1.º Estatuto de la Propiedad Industrial de 26 de julio de 1929). Cabe una similitud entre los elementos componentes de dos denominaciones siempre que ello no impida la función diferenciadora propia de las marcas.

Para discernir la posible confusión entre dos signos distintivos es necesario el examen de las denominaciones en su conjunto, sin limitarse a un análisis parcial de los vocablos. Ha de ponerse en relación cada término con el conjunto del que forma parte y dentro del cual adquiere un determinado sentido (SSTS de 9 de mayo de 1983, de 23 de septiembre de 1985, de 5 de diciembre de 1985, de 29 de febrero de 1988).

Carga de la prueba en el supuesto de desuso de las marcas.—La doctrina de la carga de la prueba ha de interpretarse mediante criterios flexibles y no tasados, adaptables a cada caso, dependiendo de la naturaleza de los hechos afirmados o negados y de la disponibilidad o facilidad de probar correspondiente a cada parte. Quien solicita la caducidad de una marca por desuso de la misma no debe soportar la carga probatoria, puesto que la demostración de un hecho de carácter negativo (la falta de uso) supone una gran dificultad, contraria a la lealtad y buena fe procesal exigibles en todo proceso. (STS de 21 de diciembre de 1991, no ha lugar).

HECHOS.—El titular de cuatro marcas interpone demanda contra una sociedad mercantil solicitando se declare que ésta carece de derecho a utilizar una marca, por razón de la semejanza fonética con las de su propiedad. La sociedad reconvinó, a su vez, pidiendo la caducidad, por falta de uso, de las marcas pertenecientes al actor principal.

El Juzgado de 1.ª Instancia desestimó tanto la demanda principal como la reconvenional. Tras el recurso planteado por ambas partes, la Audiencia estimó la demanda de la sociedad mercantil y declaró caducadas por desuso las cuatro marcas del demandante principal. No ha lugar a la casación, con desestimación de los motivos alegados por el recurrente. (A.R.G.).

36. Propiedad industrial. Incompatibilidad entre dos marcas por su semejanza.—En el caso debido, a la semejanza fonética que pudiera existir entre los elementos denominativos de las marcas puestas en litigio, es necesario añadir los componentes gráficos; y del análisis conjunto de todos estos elementos se llega a la conclusión, de que la Sala de Instancia no ha incurrido en la infracción jurídica que se denuncia, ya que su declaración de compatibilidad, pronunciada después de efectuar el análisis comparativo atribuido a su exclusiva competencia, ha tomado como base la visión conjunta de la totalidad de los elementos integrantes de las marcas confrontadas, sin descomponer su unidad; y evidentemente, entre los elementos gráficos de las mismas existen diferencias suficientes como para poder mantener en casación el criterio del Tribunal *a quo*.

En todo caso, como señala la sentencia de 29 de septiembre de 1985, en los supuestos de marcas combinadas o mixtas, integradas por fonemas con la adición de formas especiales de representación gráfica, la confundibilidad habrá de ser dilucidada tomando todos los elementos en su conjunto, y por tanto atendiendo no sólo a la parte denominativa, sino también a las figuras o dibujos integrantes de las instituciones en pugna. (**Sentencia de 20 de noviembre de 1991**; no ha lugar al recurso).

HECHOS.—L.P.G., S.A., interpuso demanda ante el juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de los de Barcelona contra D.G., S.A., sobre la nulidad de una determinada marca, propiedad de la demandada, por su semejanza con otra de la demandante, estimando el Tribunal la demanda. Dicha sentencia fue recurrida ante la Audiencia Provincial que revocó la sentencia. El T.S. declaró no haber lugar al recurso. (**A.J.C.**)

37. Acción de los acreedores contra los administradores de S.A. en situación de insolvencia: Negligencia grave por no liquidar el patrimonio social.—No basta con que la sentencia declare que la insolvencia de la empresa tuvo por causa una crisis económica del sector industrial a que se dedicaba, sino que la demanda exija un pronunciamiento sobre el cumplimiento por los administradores de sus obligaciones legales, procediendo declarar que los administradores no pueden limitarse a eliminar a la sociedad de la vida comercial o industrial sin más, sino que han de liquidarla en cualquiera de las formas prevenidas legalmente que están precisamente orientadas para salvaguardar los intereses de los terceros en el patrimonio social, sin que ello signifique que no puedan intentar el arreglo extrajudicial con sus acreedores antes de llegar a ese trance, siempre largo y costoso para todos los afectados; en el caso de autos está probado que los administradores recurridos siguieron esa vía, pero lo cierto es que, ante su fracaso, no prosiguieron con las legales para la liquidación del patrimonio, de donde se deriva una negligencia grave encuadrable en el art. 79 de la Ley de S. A. de 1951.

Requisitos de la acción de los acreedores: Daño producido.—La no liquidación en forma legal del patrimonio social cuando la sociedad se encuentra en una situación de insolvencia, es susceptible de inferir el daño directo contemplado en el art. 81 de la Ley de 1951, y que abre el ejercicio de la acción individual de los acreedores.

Relación de causalidad.—Es ineludible que haya una relación de causalidad entre el daño producido (impago de los géneros suministrados) y el incumplimiento de aquellos deberes; pero la recurrente no ha demostrado que la sociedad recurrida tenía patrimonio suficiente para hacer surgir en los acreedores sociales expectativas siquiera de cobro si se liquidaba ordenadamente; más aún, las pruebas periciales obrantes en autos hacen más que dudosa esa posibilidad, y tampoco se ha probado que se ha ocultado o dispuesto injustificadamente de él, hipótesis de clara responsabilidad subsumible en el art. 81.

Mantenimiento del fallo por otras razones.—El mantenimiento del fallo recurrido por razonamientos distintos a los contenidos en él, obliga a rechazar el recurso según doctrina reiterada. (**Sentencia de 4 de noviembre de 1991**; no ha lugar) (G.G.C.).

38. Requisitos de la legitimación activa en la impugnación de acuerdos sociales.—Tal legitimación requiere, como presupuestos esenciales, la cualidad de socio en el impugnante y la constancia de su oposición a los acuerdos sociales en el acta de la junta (doctrina reiterada en las SSTS de 6 de julio de 1963, de 20 de febrero de 1968, de 30 de enero de 1970, de 21 de octubre de 1972, de 27 de abril y 10 de diciembre de 1973, de 5 de enero de 1978, de 4 de marzo de 1980, de 22 de febrero de 1986 y de 25 de junio de 1987).

Los accionistas disidentes no pueden limitarse a manifestar su oposición al acuerdo social en un momento anterior a la adopción de dicho acuerdo, sino que necesariamente han de hacerlo con posterioridad. Los acuerdos no adquieren consistencia jurídica hasta que no se lleva a cabo el recuento de los votos obtenidos y se leen los resultados de la votación. (**STS de 13 de diciembre de 1991**; no ha lugar).

HECHOS.—El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por varios accionistas de una sociedad sobre impugnación de un acuerdo tomado en la junta general. Confirma las resoluciones de las instancias anteriores, que absuelven a la sociedad demandada por falta de legitimación activa en los actores. (**A.R.G.**).

39. Requisitos de la legitimación activa en el ejercicio de la acción de impugnación de acuerdos sociales (interpretación del artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951).—La legitimación activa de los impugnantes asistentes a la junta queda suficientemente acreditada, no sólo mediante su concurrencia a la junta general, sino también con su inequívoca declaración de voluntad contraria a los acuerdos sociales. Dicha declaración no puede ser sustituida por el mero hecho de haber votado en la junta general en contra de tales acuerdos. (SSTS de 20 de febrero de 1958, de 6 de julio de 1963, de 17 de marzo de 1967, de 27 de abril de 1973, de 2 de enero de 1990).

Si el motivo de la impugnación radica en la constitución ilegal de la junta, en modo alguno se considera como presupuesto esencial que la oposición a la constitución de la junta haya de realizarse en el momento de la formación de la lista de asistentes.

Alcance y significación del artículo 24 de la Constitución.—El derecho a la tutela judicial efectiva no se infringe por la existencia de un fallo desfavorable a los recurrentes, siempre y cuando éstos hayan podido ejercitar sus derechos sin ningún tipo de limitación o cortapisa. (STS de 30 de noviembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—El Tribunal Supremo confirma las resoluciones de las instancias anteriores, que estiman la acción de impugnación deducida por varios socios de una sociedad mercantil contra los acuerdos tomados en la junta general, por haberse constituido ésta de forma contraria a la ley. (A.R.G.)

40. Sociedades anónimas. Constitución ilegal de junta general ordinaria. Requisitos para la impugnación de los acuerdos.—Habiéndose acreditado en autos que determinados accionistas eran titulares de más acciones de las que se hicieron constar en la relación previa a la Junta con que ésta se constituyó indebida e ilegalmente al negarse la titularidad de acciones a los poseedores de las mismas por basarse en datos equivocados, es evidente que quedó suficientemente acreditada la legitimación activa para el ejercicio de las acciones de impugnación ejercitadas, de conformidad con el artículo 69 L.S.A.

Así lo corrobora reiterada jurisprudencia que exige que los futuros impugnantes de los acuerdos hayan concurrido a la Junta y que hiciesen constar en ella su oposición a aquéllos, declaración de voluntad que ha de manifestarse de forma inequívoca, que no cabe entenderla suplida por el hecho de la previa votación en contra de los acuerdos en cuestión, sin que sea necesario que esta oposición se formule en el momento de la formación de la lista de los asistentes, pudiendo efectuarse en un momento posterior. (Sentencia de 30 de noviembre de 1991; no ha lugar al recurso).

HECHOS.—D. J-R.O.V. y otros ejercitaron ante el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de los de Logroño, que estimó la demanda, acción de impugnación de acuerdos sociales contra «C.O.D.V. S.A.». La Audiencia Provincial desestimó el recurso. El T.S. declaró no haber lugar al recurso. (A.J.C.)

41. Seguro de accidentes de circulación: Acción directa de la víctima: Excepciones oponibles por el asegurador: Evolución de la doctrina jurisprudencial.—Con anterioridad a la publicación de la Ley de 24 de diciembre de 1962, sobre uso y circulación de vehículos de motor, que confirió legalmente acción directa al perjudicado o sus herederos, contra el asegurador del vehículo que había producido el daño, para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, hasta el límite del seguro obligatorio, la jurisprudencia de esta Sala (SS. de 23 de junio y 18 de febrero de 1967, y 14 de octubre y 25 de noviembre de 1969) había declarado que el perjudicado ostenta acción directa y principal para exigir el resarcimiento del daño al asegurador que contrató el seguro voluntario, obligación del asegurador que tiene carácter solidario con la del asegurado; doctrina ratificada por la más reciente sentencia de 26 de octubre de 1984, referida a un accidente ocurrido antes de la entrada en vigor de la Ley del Contrato de Seguro, en la que se da por supuesta la existencia de esta acción directa, pero avanzando por el camino interpretativo se

llega a afirmar «que aunque este contrato sea de naturaleza especial en favor de tercero, creando una solidaridad pasiva (asegurado y asegurador) frente a la víctima, que aparece dotada de acción directa contra la Compañía aseguradora, es inocultable que aquella resolución y esta potestad, tienen su fundamento y límite en el contrato mismo, cuyo contenido, si de una parte es fuente de derecho del asegurado y del tercero frente al asegurador, de otra permite a éste hacer valer ante ambos cualquier contenido limitador.»

Interpretación del art. 76 de la Ley de 1980: Oponibilidad de excepciones objetivas.—El art. 76 de la Ley de 1980, además de reiterar la consagración legal a la acción directa, dispone expresamente «que la acción directa es inmune las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado»; declaración que ha originado amplia polémica doctrinal en relación con determinadas cláusulas contractuales de exclusiones de riesgo (alcoholemia, conducción sin permiso, drogadicción, etc.), entendiéndose la última corriente jurisprudencial que, en principio, y con las matizaciones que luego veremos, la inoponibilidad de excepciones hay que referirla a las de naturaleza personal que el primero alberga contra el segundo, y no a aquellas eminentemente objetivas, emanadas de la ley o de la voluntad paccionada de las partes, criterio que sigue la S. de 28 de enero de 1985, que excluye de la cobertura del seguro voluntario el supuesto de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cuando en la póliza se había establecido tal cláusula excluyente de carácter objetivo; límite objetivo que se refuerza en el marco que los arts. 1.º y 73 de dicha Ley señalan al contrato que nos ocupa: «dentro de los límites pactados» o «dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato»; pero la función hermeneútica jurisprudencial no se detiene en la admisión indiscriminada y automática de estas cláusulas objetivas, sino que matiza al señalar que la exclusión de la cobertura del riesgo frente al tercero perjudicado sólo podrá ser efectiva cuando la excepción objetiva contemplada en la póliza tenga una relación directa, o sea un factor determinante del evento dañoso, y no en cualquier otro caso, con lo que resultan perfectamente garantizados los derechos del tercero que sufrió el daño, sin desconocer los límites del pacto contractual (SS. de 18 de septiembre de 1986 y 7 de mayo de 1987, de la Sala 2.ª, 13 de mayo de 1986 de la Sala 1.ª).

Conducción bajo influencia de bebidas alcohólicas: Auto de archivo de diligencias penales: Inoponibilidad por asegurador.—Aunque en el contrato de seguro voluntario existe la cláusula excluyente de conducir el asegurado bajo la influencia de bebidas alcohólicas, el Juzgado de Instrucción competente dictó auto de archivo de las diligencias previas penales por entender el juzgador que no existía delito alguno perseguible, resolución que fue confirmada por la Audiencia Provincial; tales declaraciones firmes en vía penal desvinculan totalmente el evento dañoso de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, lo que supone entender que en este concreto caso no es oponible por el asegurador frente al tercero perjudicado, pues este pacto excluyente no tuvo una relación directa ni fue la causa determinante del evento dañoso. (**Sentencia de 29 de noviembre de 1991**; no ha lugar).

NOTA.—Sostiene PANTALEON PRIETO (Com. Min. Justicia, II, 2002) una interpretación personal según la cual el asegurador nunca po-

drá oponer al perjudicado aquellas cláusulas de exclusión de cobertura que se basen en el riesgo especialmente elevado que suponga la conducta del asegurado; en concreto, tratándose de seguro de automóviles, considera inoponible la circunstancia de haber sido causados los daños dolosamente, o por quien conducía en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas, tóxicos o estupefacientes, o careciendo del correspondiente permiso. Se basa en una interpretación del art. 76 de la Ley de 1980, que salva el derecho del asegurador de repetir contra el asegurado en el caso de que el accidente se debió a la conducta dolosa de éste, argumentando de *maiore a minus* que lo que vale para este caso ha de valer para los otros en que el riesgo de la conducta del conductor es menor. Interpretación harto discutible que no prosperaría ante los Tribunales en la actualidad. En cambio hay que aceptar la opinión del mismo autor de que si la causa de exoneración figura en las condiciones generales, por aplicación del art. 3.º de la Ley de 1980, tal cláusula ha de destacarse de modo especial en la documentación del contrato y haber sido aceptada específicamente por escrito. (G.G.C.)

42. Quiebra. Período de Retroacción: Afección de las operaciones de descuento.—«Las operaciones de descuento, cuando el quebrado es el cliente de la entidad bancaria o crediticia descontante, efectuadas por el Banco, durante el período de retroacción de la quiebra, se hallan afectadas por la declaración de nulidad establecida en el párrafo 2.º del art. 878 del vigente C. Com., sin que se produzca, la compensación del crédito con la deuda, pues ello supondría que el acreedor se sus-trae a la ley del dividendo».

Afección a terceros de buena fe.—«La nulidad durante el período de retroacción recae sobre todos los actos de disposición y administración del quebrado, posteriores a la fecha de retroacción, *sin tener en cuenta la buena o mala fe de los terceros con los que contrató.*»

Consecuencias de la Nulidad: Restitución a la masa de la quiebra.—«Las consecuencias de la declaración de nulidad, se contraen al efecto principal de *restituir* a la masa de la quiebra, las cantidades en que consistan los pagos efectuados, Sentencia de 8 de marzo de 1973, entre otras.» (Sentencia de 19 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—Se presenta demanda por la Sindicatura de la quiebra, contra Banco Occidental, en la que se solicita la nulidad de los reintegros y cargos efectuados en la cuenta corriente y en la libreta de ahorro del quebrado durante el período de retroacción de la quiebra. La demanda es desestimada en 1.ª y 2.ª instancia. (I.H.M.)

43. Quiebra: Nulidad de los actos dispositivo realizados por el quebrado durante el período de retroacción de la quiebra. Afecta a terceros de buena fe.—Los actos dispositivo implicados (constitución de hipotecas y embargos y ventas de Bienes inmuebles) están incursos en la sanción de nulidad radical.

Tal nulidad comprende y afecta a todos los actos realizados por el deudor en aquel período de tiempo, aunque el contrato lo realizase con terceros de buena fe.

Así se deduce del art. 878 del C. Com. de 1885 que ha sido interpretado rigurosamente por reiterada jurisprudencia de esta Sala, según Sentencias entre otras de 7 de marzo de 1931, 17 de marzo de 1958, 25 de mayo de 1982, 28 de enero de 1985, 17 de marzo de 1988 y 9 de mayo de 1988.

Inaplicación del art. 1.024 del C. Com. de 1829.—El art. 1024 del C. Com. carece de aplicación en esta litis y no puede pretenderse relacionarlo con el artículo 878 del vigente C. Com. para interpretar éste, pues son preceptos independientes establecidos por el legislador con fines distintos.¹

Inoperancia de los preceptos hipotecarios.—La nulidad radical de todos los actos del quebrado, no puede ser subsanada por la inscripción en el Registro..., produciéndose la inoperancia de los preceptos hipotecarios, por no reconocer a tales efectos la condición de terceros protegidos, a los que derivan su causa del quebrado por actos de disposición o administración de sus bienes. (**Sentencias de 15 de noviembre de 1991**; no ha lugar) (I.H.M.)

44. Nulidad de los actos del quebrado posteriores al momento de retroacción de los efectos de la quiebra.—Según dispone el art. 878 C. Com. son nulos los actos del quebrado «de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra». Es reiterada la jurisprudencia de la Sala 1.ª del T.S. que interpreta rigurosamente este precepto. «Se trata de una nulidad absoluta, intrínseca y radical que se produce sin necesidad de expresa declaración judicial, sólo necesaria en casos como el ahora contemplado en que determinadas personas se oponen a ella:»

Legitimación.—En caso de oposición, están legitimados para exigir los efectos de esa nulidad «tanto el depositario de la quiebra como después los síndicos de la misma», «debiendo volver las cosas a la situación en que se encontrarían si tales actos no se hubieren realizado».

Buena fe de terceros.—La nulidad se produce aunque los terceros con los que el quebrado realiza el acto sean terceros de buena fe.

Inoperancia de la protección del Registro de la Propiedad.—La nulidad radical establecida por el art. 878 C. Com. «no puede ser subsanada por la inscripción en el Registro de la Propiedad, y arrastra (...) la inoperancia de los preceptos hipotecarios, por no reconocer, a tales efectos, la condición de terceros protegidos a los que derivan su causa del quebrado por actos de administración o disposición de sus bienes».

Función del artículo 1.024 del C. Com. de 1829.—El art. 878 C. Com. y el 1.024 C. Com. de 1829 «son preceptos independientes establecidos por el legislador para fines distintos». «El primero es de carácter procesal y el segundo de carácter sustantivo».

Impugnación de la retroacción de la quiebra: Forma de realizarla.—El artículo 1.024 C. Com. de 1829 ordena que el juez al declarar la quiebra, fije la época a que debe retrotraerse, sin limitación de forma ni tiempo. La reserva en favor de tercero que concede este precepto «no puede referirse más que al derecho de tercero, que se crea perjudicado con la fecha señalada para la retroacción, para reclamar contra ella en los autos de quiebra». Es en ellos en «donde solamente puede discutirse ese particular». «Una vez fijada esa época y firme la providencia en que se acordó, hay que partir de ella para aplicar el art. 878 C. Com., no siendo posible procesalmente que ese acuerdo pase a discutirse e impugnarse en cuantos pleitos se sostengan con la sindicatura de la quiebra». «Mientras no se impugna tal fecha de retroacción se ha de tener por válida la señalada en el auto de declaración de quiebra». (STS de 15 de noviembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—La sindicatura de la quiebra de D. Francisco F. F. promueve demanda acerca de la nulidad de determinados, contratos de compraventa de fincas, como consecuencia de aplicárseles el art. 878 C. Com., que prevé la retroacción de la quiebra. La demanda no prospera en primera instancia; sí, en cambio, en apelación. El T.S. no da lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados. Entra en el análisis de la cuestión de fondo, a pesar de entender que el recurso de casación, fundado en el art. 1692 n.º 5 L.E.C., no está correctamente formulado, pues en él «no se alude a norma jurídica alguna como infringida, ni a jurisprudencia que deba ahora estimarse aplicable». (A.M.M.M.)

III. DERECHO PROCESAL

45. Distinción entre la falta de personalidad y la falta de acción.—La falta de personalidad en el demandado es una circunstancia meramente procesal, definida como excepción dilatoria del n.º 4 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Consiste en que el demandado carece del carácter o representación con el que se le demanda. No puede confundirse con la falta de acción (actualmente denominada legitimación), referida al problema de fondo de discernir si el demandado debe reconocer el derecho que ejercita el actor y darle efectividad (SSTS de 2 de abril de 1952, de 13 de noviembre de 1962, de 29 de septiembre de 1989).

En modo alguno la cuestión de si la recurrente adeuda o no determinadas cantidades puede encuadrarse en la excepción dilatoria del n.º 4 del 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Compensación y pago parcial.—Cuestiones diferentes son la compensación (art. 1195 del Código Civil) y el pago parcial (art. 1157 del Código Civil). La primera opera con la existencia de créditos y deudas recíprocas entre las partes, mientras que el pago parcial implica cantidades satisfechas a cuenta del total reclamado. (STS de 20 de noviembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—La Audiencia Provincial condena a una entidad mercantil a pagar a la actora (también sociedad mercantil) una deuda pecuniaria, revocando con ello la resolución del Juzgado de 1.^a Instancia. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la sociedad deudora contra la sentencia de la Audiencia. (A.R.G.)

46. Litis consorcio pasivo necesario.—La excepción de litis consorcio pasivo necesario, en el caso de ejercicio de acciones personales derivadas de un contrato, sólo puede oponerse entre quienes intervinieron en él y no contra terceros que en ningún carácter figuraban en el mismo, nada tenían que defender y carecían de interés directo, pues las obligaciones sólo había de cumplirlas el demandado *adquiriendo la cosa objeto del contrato de ser posible o exigiendo o reclamando lo que le estuviere atribuido en virtud de relaciones de sociedad, comunidad de bienes, mandato, promoción inmobiliaria o urbanística, u otras, que pudieran existir entre los copropietarios, entre ellos el vendedor, de la finca donde se halla ubicada la parcela objeto del contrato.*

Es doctrina jurisprudencial reiterada la que reconoce el carácter consensual del contrato y sus efectos obligatorios entre partes, pero sin fuerza para obligar a terceros que no intervinieron en el otorgamiento, aunque estén relacionadas como copropietarios o comuneros con una de las partes, supuesto que no genera litis consorcio pasivo necesario pues si los efectos hacia un tercero se producen con carácter indirecto, su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario. (Sentencia de 21 de noviembre de 1991; no ha lugar al recurso).

HECHOS.—D. A.T.E. formuló demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de los de Talavera contra D. D.G.G. sobre ejecución de obras en cumplimiento de contrato y elevación de éste a escritura pública, siendo desestimada la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estimó la demanda. El T.S. declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (A.J.C.)

47. Eficacia relativa del contrato. Justificación procesal y extraprocesal de la excepción de litis consorcio pasivo necesario. Validez de la venta de cosa ajena e inexistencia, en estos supuestos, de litis consorcio pasivo necesario.—«[...] lo que contradice frontalmente los acertados razonamientos de la Sala de Instancia, que en momento alguno niega la posible existencia de un proindiviso o comunidad de bienes, pero que afirma, cuál es la realidad, que en el otorgamiento del contrato sólo intervino como vendedor y obligado a realizar las obras el demandado, analizando incluso el supuesto de venta de cosa ajena, válido según numerosas sentencias de esta Sala (ver, por todas, la de 12 de septiembre de 1988, que cita las de 1 de marzo de 1954, 27 de mayo de 1957 y 5 de julio de 1958), el carácter consensual del contrato y sus efectos obligatorios entre las partes, pero sin fuerza de obligar a terceros que no intervinieron en el otorgamiento, supuesto que no genera litis consorcio pasivo necesario, ya que, como dicen las SS. de esta Sala de 16 de diciembre de 1986 (que cita las de 23 de noviembre de 1961; 23 de marzo de 1962; 27 de mayo, 3 de julio y 17 de octubre de 1964; 13 de noviembre de 1965; 30 de enero y 9 de marzo de 1982; 17 y 24 de septiembre, y 7 de octubre de 1985) y 21 de junio de 1991, si los Tribunales han de velar por que el litigio de trámite

(sic) con todos aquellos que puedan resultar afectados por la sentencia, fundamentándose el principio en la veracidad de la cosa juzgada, en la extensión de sus efectos, en que nadie puede ser condenado sin ser oído y en la necesidad de evitar fallos contradictorios, no es menos cierto que la justificación más importante ha de buscarse, como presupuesto, no procesal pero sí preliminar al fondo, en la situación jurídico-material controvertida en el pleito, con presencia de todos los interesados de modo directo en ella, únicos que pueden ser considerados como litis consortes necesarios, pues si los efectos hacia un tercero se producen con carácter reflejo o indirecto, por una simple conexión o porque la relación sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial, su posible intervención en el litigio no es de carácter necesario, que es lo que ocurre en el caso que nos ocupa, claro es que sin perjuicio de que se pudiera dar una intervención voluntaria o espontánea, no necesaria, pudiendo también cualquier comunero o copropietario no contratante adherirse a la postura del demandado para colaborar al éxito de su oposición, lo que, repetimos, no implica en modo alguno litis consorcio pasivo necesario, que de forma específica rechaza la S. de 28 de noviembre de 1986 en los supuestos de doble venta y en los de venta de cosa ajena, al no constituir la compraventa modo de adquirir la propiedad e imponer tan sólo al vendedor la obligación de entregar al comprador la cosa vendida, cuyo incumplimiento, en su caso, sólo originaría el cumplimiento por equivalencia [...]» (STS de 21 de noviembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—D. A. Toldos compró a D. D. García una parcela de una urbanización. Se formalizó la operación en documento privado. Pasados nueve años, el comprador demanda al vendedor solicitando se le condene a realizar las obras de infraestructura de la parcela especificadas en el contrato y a elevar éste a escritura pública. Opone el vendedor la excepción de litis consorcio pasivo necesario por no haber sido llamados al pleito otros copropietarios de las fincas donde se ubicaba la parcela. El Juzgado estima la excepción. La Audiencia, admitiendo la apelación, acoge la demanda. No ha lugar al recurso de casación que interpone el vendedor. (R.G.S.)

48. Consecuencias de la estimación de una excepción adjetiva o formal.— «Ante la estimación de una excepción adjetiva o formal, por defectuosa constitución de la relación jurídico procesal (como es el caso que aquí nos ocupa: existencia de litis consorcio pasivo necesario), el único pronunciamiento que puede hacer el órgano jurisdiccional es el propio de una sentencia llamada 'absolutoria en la instancia' y abstenerse simplemente de entrar a conocer del fondo de la cuestión debatida, la cual queda totalmente imprejuzgada...».

«... una sentencia absolutoria en la instancia, por defectuosa constitución de la relación jurídica-procesal (litis consorcio pasivo necesario), como es la aquí nos ocupa, o por estimación de cualquier otra estimación procesal o adjetiva, en ningún caso puede producir excepción de cosa juzgada en cuanto al fondo del asunto litigioso, respecto del que dicha sentencia se ha abstenido de entrar a conocer y, por tanto, lo ha dejado imprejuzgado».

Nulidad del acto distributivo de títulos nobiliarios y litis consorcio pasivo necesario.—«Sobre la base de los expresados presupuestos, la sentencia recurrida, confirmando la del Juez, declara mal constituida la relación jurídico-procesal y aprecia de oficio la excepción de litis consorcio pasivo necesario, por no haber sido dirigida la demanda contra todos los beneficiarios de la distribución de títulos hecha por D...., para la cual se limita a aplicar la doctrina de esta Sala (Sentencias de 25 de abril de 1970 y 8 de mayo de 1989), con arreglo a la cual 'cuando el acto distributivo no reúne los requisitos expresados por el citado precepto (se refiere al artículo 13 del Real Decreto de 27 de mayo de 1912), o cuando un tercero, con superior derecho al que ostentaba el distribuyente, lo reivindica judicialmente, se hace indispensable, como cuestión previa, declarar la nulidad de la distribución, nulidad que necesariamente afecta a todos los favorecidos por ella, y de ahí la obligada presencia de éstos en el proceso desde su iniciación, en cuanto sus derechos pueden verse afectados por el fallo, ya que de otro modo se quebrantaría el principio de que nadie puede ser condenado sin antes ser oído y vencido en juicio, que hoy alcanza rango constitucional por cuanto el artículo 24 de la Constitución Española interdicta todo caso de indefensión'».

Litis consorcio pasivo necesario y orden público.—«La existencia del litis consorcio pasivo necesario, por ser cuestión de orden público, que queda fuera del ámbito de la rogación de parte, puede y debe ser apreciada de oficio por los Tribunales, aunque no haya sido alegada por las partes (Sentencias de 25 de mayo de 1984, 30 de marzo de 1985, 10 de marzo, 24 de mayo y 14 de noviembre de 1986, 23 de noviembre de 1987, 25 de febrero y 22 de octubre de 1988, 8 de mayo y 24 de julio de 1989, 17 de marzo y 27 de noviembre de 1990, 7 de febrero de 1991)».

Error de hecho en la apreciación de la prueba.—«La denuncia de error de hecho en la apreciación de la prueba [...] exige ineludiblemente la cita del documento o documentos obrantes en autos que, de modo directo, patente o inequívoco (litosuficiencia), evidencien el error de hecho probatorio que se dice denunciar [...]».

Error de derecho en la apreciación de la prueba.—«Es reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias de 24 de febrero y 7 de junio de 1986, 21 de septiembre de 1987, 22 de junio de 1988, 2 y 16 de marzo de 1989, 11 de octubre de 1991, por citar algunas) la de que la denuncia del error de derecho en la apreciación de la prueba requiere inexcusablemente la cita del precepto que, conteniendo normas valorativas de prueba, se considere infringido, así como la expresión del concepto en que lo ha sido, exigencia ineludible que aquí no aparece cumplida».

Alegación del artículo 1.214 del Código Civil en el recurso de casación.—«El artículo 1.214 del Código Civil (que tampoco es norma valorativa de prueba) solamente es invocable en casación cuando, ante la ausencia de prueba sobre un hecho concreto, la Sala *a quo* no haya tenido en cuenta la regla distributiva del *onus probandi* que tal precepto contiene, al determinar la parte que haya de soportar las consecuencias de esta falta de prueba [...]. (STS de 5 de noviembre de 1991; ha lugar en parte).

HECHOS.—El demandante en el proceso del que trae causa el recurso de casación que la sentencia resuelve pretendió se declarase su derecho preferente a ostentar el título de Marqués de Caicedo. A tal efecto impugnaba con carácter previo la distribución de títulos que el padre del demandado hacía entre sus hijos. El Juzgado aprecia la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario e incorrectamente desestima la demanda. La Audiencia confirma la sentencia del Juzgado en todos sus términos, lo que da lugar a que el Tribunal Supremo estime en parte el recurso de casación sobre la base de la incongruencia que supone el pronunciamiento absolutorio en la instancia y la concomitante desestimación de la demanda. (R.G.S.)

49. Presunciones no establecidas por la ley: Corresponde al Tribunal de Instancia apreciar el enlace «preciso y directo» a que se refiere el artículo 1.253 del Código civil.—«[...] la apreciación del enlace preciso y directo a que se refiere el artículo 1.253 del Código civil entre el hecho básico y el deducido o el que se pretende deducir, por estar únicamente sometido a las reglas del criterio humano, que no figuran determinadas en ningún precepto legal, corresponde al Tribunal de Instancia, cuyo juicio ha de acatarse tanto para eliminar como para admitir la presunción, a menos, que se demuestre su patente improcedencia, lo que no ocurre en el presente caso (Sentencia de 27 de enero de 1981), máxime, cuando el enlace preciso y directo debe consistir no en deducciones que la ley no permita, ni en dar a los hechos una significación de la que carecen, sino en la congruencia entre ambos, de suerte que la realidad de uno conduzca a la del otro, sin ser susceptible de aplicarse a circunstancias diversas, conforme a sentencias de 11 de mayo y 20 de diciembre de 1982, 28 de mayo de 1983 y 9 de enero de 1985».

Doctrina de los actos propios.—«[...] la doctrina de los actos propios, según la jurisprudencia de esta Sala, para ser tenidos como expresión de actuación oponible, deben ser de aquellos que por su carácter trascendental o por constituir convención o causar estado, definen inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a modificar o extinguir algún derecho (Sentencia, entre otras muchas, de 20 de febrero de 1990)» (STS de 26 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—En el origen del recurso de casación se encuentra un juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad interpuesto por la Caja de Ahorros Provincial de Valladolid contra la Asociación Provincial de Agricultores y Ganaderos, el Sindicato Remolachero, ambos de la misma ciudad, y D. Francisco L. B. El Juzgado estima en parte la demanda. La Audiencia revoca en parte —sólo en lo relativo a las costas— el pronunciamiento del Juzgado. El recurso de casación que la Caja de Ahorros interpone no prospera. (R.G.S.)

50. Fundamentación jurídica de la sentencia; alcance del artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.—«[...] el número 3 del artículo 248 de la referida Ley Orgánica del Poder Judicial, [...] en modo alguno impone la concreta cita de preceptos legales, sino simplemente que la solución que la sentencia acoge

tenga fundamentación del derecho, aunque sea con base en genérica apreciación jurídica [...]».

No cabe modificar las sentencias después de firmadas. No supone modificación la simple tachadura con líquido corrector.—«Tampoco es de acoger el motivo quinto [...], por alegada infracción del primer inciso del primer párrafo del artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sancionador de que los Jueces y Tribunales no podrán variar ni modificar sus Sentencias después de firmadas, y cuya infracción tratan de deducir los demandados del hecho de que la causa de la condena en costas al codemandado basada en apreciación de 'temeridad y mala fe' aparezca consignada a medio de corrección por tachadura de líquido corrector blanco, pues, en discrepancia con lo aducido como base fundamental del precitado motivo quinto que se examina, es lo cierto que esa circunstancia en modo alguno revela variación o modificación de la sentencia en cuestión después de haber sido dictada, sino simplemente una corrección material de lo mecanografiado, que normalmente se produce antes de la firma de la sentencia, una vez comprobada su reflejo escriturado antes de su firma».

Defectos en la notificación de la sentencia dictada en apelación al litigante en rebeldía: Consecuencias.—«[...] cualquiera que fueren los defectos que pudieran haberse producido en la notificación a dichos litigantes rebeldes de la sentencia objeto del recurso, es lo cierto que, aun en el supuesto hipotético de que fuesen reales, nunca generarían la nulidad solicitada por los tan mencionados recurrentes, desde el momento que los notificados se dieron por enterados, como lo evidencia que ejercitaron con su base el recurso de casación que ahora se considera, surtiendo en consecuencia todos sus efectos la correspondiente diligencia que se estimase defectuosa, cual previene el párrafo segundo del artículo 279 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

No procede en casación hacer supuesto de la cuestión.—«Finalmente, en cuanto al motivo décimo [...], su no acogida emana de que en su fundamentación están haciendo los recurrentes supuesto de la cuestión, lo que es improcedente en casación, según tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 15 de junio, 16 de julio y 11 de noviembre de 1987, 16 de febrero, 11 de octubre y 13 de noviembre de 1988 y 18 de junio, 3 de julio y 22 de octubre de 1990 [...]». (STS de 13 de diciembre de 1991; no ha lugar).

HECHOS.—La Cofradía de Pescadores de Blanes reclama en concepto de precio impagado determinada cantidad a D. Joaquín G. F. y a D. Fernando M. T. Desestima la demanda el Juzgado. La Audiencia revoca la resolución de instancia condenando a D. Fernando al pago de la cantidad reclamada. Interponen recurso de casación las herederas de D. Fernando y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R.G.S.)

51. Inadmisión de una tercería de dominio por no haberse producido la entrega del bien comprado en documento privado por el tercerista.—La Sala sentenciadora se basa para dar lugar a la tercería de dominio en que los contratos de compraventa aportados por los actores fueron visados por la Delegación de la Vi-

vienda y organismo que le sustituyó, adquiriendo así fecha auténtica frente a terceros, y en que los actores eran titulares de un «ius ad rem» que debe ser protegido frente a actos dispositivos del vendedor. Ninguna de estas afirmaciones pueden equivaler a que ha existido entrega o *traditio* de las viviendas, en cuyo caso no hubiera sido procedente calificar de «ius ad rem» al derecho de los actores y hoy recurridos, porque serían auténticos propietarios, titulares de un «ius in rem». El «ius ad rem» no pasa de ser un derecho personal a la entrega de la cosa, que todavía no se ha producido. Por tanto, el fallo de la sentencia recurrida vulnera la exigencia básica de nuestro sistema de adquisición y transmisión de derechos reales por contrato, que la hace depender para su eficacia jurídica de la concurrencia del título y *traditio* (arts. 609 y 1.095 del C.c.). El título obligatorio únicamente, sin *traditio* o entrega, no puede ser protegido por la tercería de dominio, ya que éste sigue teniendo como titular al vendedor que no ha realizado aquella entrega. (STS de 26 de noviembre de 1991; ha lugar).

HECHOS.—El comprador de un piso, en virtud de documento privado, interpuso tercería de dominio contra el vendedor y contra el Ministerio de Economía y Hacienda, por haber embargado este último el piso comprado, que figuraba inscrito en el Registro de la propiedad aún a nombre del vendedor. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia admitieron la tercería, pero el Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación interpuesto por el Ministerio, por entender que no se había producido la tradición del piso al vendedor, requisito indispensable para transmitir el dominio.

NOTA.—El mismo Tribunal Supremo reconoce que el documento privado de compraventa es *de fecha auténtica*, es decir, que cumple alguno de los requisitos recogidos en el art. 1.227 del C.C. Aunque el argumento del Alto Tribunal es más contundente, podría defenderse la equiparación de la oponibilidad de los documentos privados de fecha auténtica con la oponibilidad de los documentos públicos, por considerar también documentos fehacientes a los primeros, como hace el párrafo sexto del art. 298 del R.H. Si el acreedor debe contar con la existencia y respetar un documento público de compraventa de la finca embargada que es de fecha anterior al embargo. ¿Por qué razón no ha de respetar un documento privado de compraventa cuya fecha fehaciente es anterior a la del embargo? La teoría del título y del modo no es una regla absoluta, sino general, que admite excepciones: ¿por qué no ha de serlo la del caso enjuiciado? (L.F.R.S.)