

SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Colaboran: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ
Rosario DÍAZ ROMERO
Pedro José FEMENIA LÓPEZ
Gabriel GARCÍA CANTERO
Ainhoa GUTIÉRREZ BARRENENGOA
Inmaculada HERBOAS MARTÍNEZ
Oscar MONJE BALMASEDA
Nieves MORALEJO IMBERNON
Paloma POVEDA BERNAL
Aurea RAMOS MAESTRE
Rafael SÁNCHEZ ARISTI

I. DERECHO CIVIL

2. DERECHO DE LA PERSONA

1. Cintas de video. Valor probatorio.— Los medios probatorios documentales aparecen regulados en los artículos 1.216 y siguientes del Código Civil y 596 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se suele equiparar documento a escritura artículos 1.223 y 1.224 del Código Civil, y no se prevén las aportaciones probatorias derivadas de los importantes avances y descubrimientos técnicos de estos tiempos, como sucede con las cintas magnéticas, vídeos y cualquier otro medio de reproducción hablada o representación visual del pensamiento humano, contrario a lo que sucede en el Código Civil italiano, cuyo artículo 2.712 (sección cuarta, título segundo, libro sexto) en relación al precepto 261 del Código de procedimiento civil, si recoge tales instrumentos de prueba, tanto en forma general como específica.

La falta de atención de nuestros legisladores a estos estados de progreso científico no significa que la jurisprudencia permanezca estática y pasiva, en razón a la labor de hacer el Derecho más próximo y útil a los hombres por su

adecuación a la realidad histórico social presente y complementación del Ordenamiento Jurídico (arts. 1-6.^o y 3 del Código civil). No se da prohibición expresa de utilización de esta clase de medios probatorios y los artículos 578 de la Ley de enjuiciamiento Civil y 1.216 del Código civil no han de reputarse herméticamente cerrados al efecto, en cuanto aquellos reflejan más que propiamente expresan los pensamientos humanos. En todo caso su utilización probatoria exige siempre la necesaria y precisa adveración y certificación de autenticidad, veracidad y fidelidad que encuentra cauce procesal adecuado mediante el reconocimiento judicial, sometido a las reglas de procedimiento y valoración previstas. En esta línea aperturista es significativa la antigua sentencia de 25 de mayo de 1945 que reconoció valor probatoria a reproducciones fotográficas, al no presentar en pugna con la ley y concretamente con el precepto procesal 504, estableciendo la resolución los requisitos para lograr eficacia.

Derecho al honor y a la propia imagen, y derecho a la transmisión de información.— El consentimiento expreso otorgado por la actora lo fue para un testimonio exclusivamente personal, con fines de divulgación social y con el objetivo de animar a otras personas con problemas de tal clase a procurar su rehabilitación y por ello no fue aplicado correctamente el artículo 2-2 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, pues se hizo un aprovechamiento alterante de dicho consentimiento inicial, se desvió de lo que constituía su objeto y contenido, con repercusión dañosa en el honor y propia imagen de la que ahora recurre, al ser utilizados en forma no correcta y distinta a como lo fue inicialmente. (...) quiebra la primacía del derecho a transmitir información, en todo caso veraz, conforme al artículo 20.1 d) de la Constitución, que también quiere decir exacta, no cercenada y sin manipulaciones que puedan dar a entender lo que viene a ser distinto o diferente del contenido fiel correspondiente a la misma, con lo que pierde la esencial condición de autenticidad, habiendo declarado el Tribunal Constitucional que la legitimación informadora no concurre cuando el ejercicio de tal derecho en libertad lo es «de manera desmesurada y exorbitante del fin», en atención al cual la Constitución concede su posición preferencial (Sentencias 171/1990 y 197/1991, de 17 de octubre). (STS de 30 de noviembre de 1992; ha lugar).

HECHOS.— T.V.E., sin consentimiento expreso de la actora del proceso, utilizó una grabación en la que ella aparecía como protagonista para un segundo programa televisivo sobre el mismo tema, pero con la particularidad de que el segundo programa omitió una parte del testimonio grabado con anterioridad, precisamente aquél en el que se declaraba haber logrado la rehabilitación. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta frente a Televisión Española, S.A. La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación interpuesto, y el Tribunal Supremo casó y anuló la sentencia dictada en la segunda instancia, confirmando la pronunciada en primera instancia. (A.R.M.)

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

2. Incumplimiento resolutorio.— Es doctrina reiterada de esta Sala la de que el incumplimiento que produce la resolución contractual o en la que pue-

de basarse la excepción «*non adimpleti contractus*» esgrimida por la demandada y rechazada por la Sala de Apelación exige un verdadero y propio incumplimiento de alguna obligación principal derivada del contrato, sin que puedan una y otra apoyarse en un cumplimiento defectuoso, que podrá dar lugar a otras acciones, especialmente de garantía o indemnizatorias, pero que en modo alguno son fundamento suficiente para sustentar en tal defectuosidad la acción o la excepción aludidas.

Arrendamiento de servicios: defectos en los servicios prestados.— Habida cuenta que el contrato suscrito por los litigantes era de arrendamiento de servicios y no de obra, por lo que la obligación que competía al actor no era la consecución de una finalidad última, sino una mera actividad (...), lógico es concluir que desempeñada por el actor recurrido tal actividad de prestación de servicios, no deben equipararse al incumplimiento de su obligación los defectos que puedan apreciarse en los servicios prestados. (STS de 25 de noviembre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Teniendo suscrito las partes litigantes un contrato de arrendamiento de servicios, la actora, en Primera Instancia reclama a la Mercantil demandada el abono de parte de sus honorarios devengados por los servicios prestados a la misma. El Juzgado desestimó la demanda, y apelada la sentencia ante la Audiencia Provincial de Sevilla ésta la revocó condenando a la Mercantil demandada a satisfacer los honorarios solicitados, si bien en cuantía inferior a la pretendida. No prospera el recurso de casación. (A.R.M.)

3. Acción pauliana ó revocatoria: Carácter subsidiario.— Los requisitos de la acción pauliana vienen presididos por el inciso primero del artículo 1111 del Código Civil, al preceptuar que «los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se le debe» pueden impugnar los actos fraudulentos del deudor en contra del derecho de aquéllos. Es decir, que la impugnación de los actos fraudulentos tiene como presupuesto inexcusable que previamente se hayan perseguido los bienes que posee el deudor. Este requisito viene corroborado por el artículo 1291-n.º 3 del mismo Código cuando señala que son rescindibles los contratos «celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan cobrar de otro modo lo que se les deba», y por lo dispuesto con carácter general para las acciones rescisorias en el 1294 del mismo texto legal.

El Tribunal Supremo ha venido reiterando el carácter subsidiario de esta acción en Sentencia de 25 de junio de 1927, 15 de febrero de 1986 y otras, de modo que, como declararon las de 12 de marzo de 1984, 24 de noviembre de 1988 y otras, la entidad demandante no respeta el carácter subsidiario de la acción ejercitada cuando descuida la previa persecución de los bienes de que el deudor pudiera hallarse en posesión.

Insuficiencia de bienes.— No puede decirse que se haya acreditado la insuficiencia de los bienes perseguidos para la satisfacción del acreedor, ni consiguientemente que haya quedado patente la insolvencia de los deudores, cuando no consta que se realizase el embargo sobre bienes inmuebles en el sentido de proseguir el procedimiento de apremio que la ley de Enjuiciamiento Civil regula en sus artículos 1489 a 1531, de cuyos trámites ninguno impulsó la ejecutante, aunque constase acreditado «que el juicio ejecutivo llegó a

sentencia de remate e incluso que se embargaran ciertos bienes inmuebles de los deudores».

La insuficiencia de bienes y la existencia de fraude son puras cuestiones de hecho.— Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la insuficiencia de bienes para atender el pago del crédito en litigio y que las enajenaciones se hayan verificado un fraude de acreedores, «son puras cuestiones de hecho, sometidas a través de la valoración de la prueba, a la exclusiva competencia de la Sala de instancia, cuyas apreciaciones deben respetarse en casación, a no ser que un error de hecho ó de derecho, alegados por conducto, el primero, del n.º 4, y el segundo, por el cauce del n.º 5, ambos del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, demuestre la equivocación del juzgador (sentencias, entre otras, de 21 de junio de 1945, 31 de marzo de 1965, 17 de marzo de 1972, 12 de junio de 1985, 30 de enero de 1986, 24 de noviembre de 1988 y 16 de marzo de 1989)». (STS de 27 de mayo de 1992; no ha lugar). (I.H.M.).

4. Arrendamiento de minas: Reclamación de indemnización. La moderación de responsabilidad prevista en el art. 1.103 del C.c. sólo es aplicable a la que proceda de negligencia. El «quantum» de la indemnización ha de concretarse no en atención a la valoración del terreno ocupado, sino al tiempo de duración de la explotación.— Es cierto que esta Sala ha establecido en ocasiones (sirva de ejemplo por reciente la Sentencia de 15 de julio de 1991) que la moderación de la responsabilidad prevista en el art. 1.103 del C.c. sólo es aplicable a la que proceda de negligencia, mas no cuando es manifiesta la voluntaria omisión del deber contractualmente asumido, el designio evidente de incumplir la prestación debida, pues tal comportamiento se aleja de la mera negligencia para acercarse al dolo; pero no lo es menos que: a) Aún aceptándose en el caso que nos ocupa la voluntad de incumplimiento, la no reparación de los daños y perjuicios por parte del deudor se debió a que estimaba no haberlos producido, al no haber concluido la explotación del grupo minero, momento en el cual era cuando se habían de dejar, según el contrato, todas las labores tapadas, pero no antes; b) no obstante cuanto antecede, la Audiencia condena a la indemnización de todos los daños que estima producidos por el deudor, excluyendo los causados por anteriores explotaciones, que no pueden imputársele, y por eso dice que tales daños «han de concretarse no en atención a la valoración del terreno ocupado, sino al tiempo de duración de la explotación, teniendo en cuenta además la existencia de explotaciones anteriores desde 1943 y 1946», siendo ésta la razón, junto a que el deudor concluyó el contrato en 1986, por la que se fija los daños que había de indemnizar en un veinte por ciento de los valorados por el périto, quien no había podido deslindar los causados por la explotación del demandado de los producidos por explotaciones anteriores, valorando el total, de manera que si la Audiencia no aplica la solución expuesta el dañado sería el hoy recurrente; c) la moderación del art. 1.103 que cita la Sala de instancia ha de entenderse, pues, no como la «*ratio decidendi*», sino como criterio equitativo a mayor abundamiento u «*obiter dictum*», contra el que, sabido es, no cabe casación.

Documentos y certificaciones puramente administrativos o fiscales. No sirven para amparar el error en casación, pero pueden tomarse en consideración por los Tribunales de instancia para fijar la base fáctica de la apreciación y valoración de la prueba.— Los documentos y certificaciones puramente administrativos o fiscales no son amparadores de la denuncia

de error, ni sirven de apoyo al art. 1.692-4.^o de la L.E.C., que requiere la literosuficiencia del documento, es decir, que revele por sí mismo el error acusado sin necesidad de acudir a conjeturas, deducciones, hipótesis o inferencias, circunstancia aquella que no suele concurrir en tales documentos, pero una cosa es que no sirvan para amparar error en casación y otra muy distinta que no puedan tomarse en consideración por los Tribunales de instancia para fijar la base fáctica, ejercitando facultad que les pertenece como propia y soberana en sistema como el español, regido por el principio de la libre apreciación y valoración de la prueba por el Juzgador, salvo que al así hacerlo se vulneren principios de prueba tasada y siempre con la posibilidad de que la valoración probatoria se practique mediante apreciación conjunta; una cosa es la autolimitación que el recurso extraordinario impone y esta Sala acata y aclara (en ocasiones extraordinarias ha accedido a completar el *factum*) y otra muy diferente trasladar a las instancias la restricción, como pretende el recurrente, teniendo dicho esta Sala en múltiples ocasiones que los documentos administrativos forman parte de todo el acervo probatorio y contribuyen a que el Juez obtenga su libre convicción, siempre que el resultado obtenido no devenga vulnerador de precepto legal imperativo, ilógico, absurdo, o contrario a las reglas de la sana crítica, buen criterio y máximas de experiencia. (STS de 3 de diciembre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— El recurrente en casación, mediante contrato de 1 de febrero de 1978, cedió a G.V.L. parte de la finca «Barcialejo», paraje «El Sierro», para que efectuase trabajos de explotación minera, fijándose un precio mensual y comprometiéndose el segundo a no arrojar escombros, procedentes de los trabajos, sobre las alambradas que servían de separación de fincas, así como a dejar todas las labores tapadas, una vez finalizada la explotación del grupo minero. El arrendador, entendiéndose que no se habían cumplido tales obligaciones, presentó demanda reclamándole 14.267.944 pesetas por daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión, al considerar que no se habían determinado los daños ocasionados, al haber existido otras explotaciones anteriores que podían haberlos producido. La Audiencia revocó parcialmente la sentencia del Juzgado. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (P.-J.F.L.)

5. Donación de bienes inmuebles. Acción rescisoria por fraude de acreedores.— La acción rescisoria por fraude de acreedores está incuestionablemente establecida por las leyes en favor del acreedor burlado, hasta el punto de que cuando la enajenación lo es a título gratuito el artículo 1297 del Código Civil lo presume con presunción *iuris et de iure* cuando no se han reservado bienes bastantes para pagar las deudas anteriores a la donación y, posteriormente el donante solicita su declaración concursal (artículo 643.2.^o del Código Civil).

Cómputo del plazo de caducidad de la acción rescisoria.— Por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 1969 del Código Civil, en el cómputo del plazo de caducidad de la acción rescisoria por fraude de acreedores, el día inicial será aquel en que de hecho, acreditado o por disposición legal vinculante, pueda tener cabal y entero conocimiento la víctima burlada del acto subrepticio y torticero que le produce un daño patrimonial.

Tercero hipotecario.— El tercero (hipotecario) a que se refiere el artículo 37.4.º, párrafo 4.º, de la Ley Hipotecaria, es el subadquirente del donatario que inscribe su título oneroso otorgado a su favor por dicho donatario (STS de 16 de febrero de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Una entidad mercantil presentó demanda en la que solicita la declaración de nulidad por falta de consentimiento y subsidiariamente la rescisión de las donaciones de varias fincas realizadas por el padre en favor de dos hijos por fraude de acreedores. En la contestación a la demanda, se alegó la excepción perentoria de caducidad de la acción rescisoria. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y declaró la rescisión de las donaciones. La Audiencia confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación.

6. Prelación de créditos: Auto acordando expedir mandamiento al Registro para la cancelación de derechos no preferentes.— El Auto dictado en apelación, acordando expedir mandamiento al Registro de la Propiedad para la cancelación de las inscripciones y anotaciones de créditos ó derechos no preferentes que pesasen sobre los inmuebles embargados, tras haberse rechazado por el juzgado dicha petición por desconocerse cuales de las anotaciones preventivas cuya cancelación se instaba tenían el carácter de «no preferentes», se ajusta al trámite propio y pertinente de la fase de ejecución, lo que evidencia que el Auto objeto de casación no puede comprenderse en el apartado 2.º del artículo 1687 de la ley de Enjuiciamiento Civil si no resuelve puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la Sentencia ó que contradigan lo ejecutoriado, lo cual no es el caso.

Las razones de inadmisión son suficientes para la desestimación del Recurso.— La conclusión que se acaba de exponer llevó a la desestimación del Recurso, haciendo innecesario el estudio de la cuestión planteada en el mismo, ya que es doctrina consolidada por el Tribunal Supremo que «los motivos legales en que puede fundarse la no admisión de un recurso son pertinentes, al resolver en el fondo, para desestimarle, aún cuando se hubiese admitido, pues las razones de inadmisión son suficientes, si resulta demostrada su existencia, para que los recursos deban ser desestimados», doctrina que puede aplicarse de oficio por afectar a normas de contenido imperativo. (STS de 14 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— La Resolución recurrida en casación derivó de la fase de ejecución correspondiente a un declarativo de mayor cuantía, en la que, como consecuencia de un auto de adjudicación de las fincas embargadas, se solicitó, de conformidad a la regla 2.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, la expedición de mandamiento al Registro de la Propiedad para la cancelación de las inscripciones y anotaciones de créditos ó derechos no preferentes que pesasen sobre los inmuebles embargados y adquiridos, petición que fue rechazada por auto del juzgado, por desconocerse cuales de las anotaciones preventivas, cuya cancelación se instaba, tenían el carácter de «no preferentes», y acogida, por el contrario, por Auto de la Audiencia que, revocando aquél acordó expedir el mandamiento, siendo dicha resolución la recurrida ahora en casación. (I.H.M)

7. Condonación parcial de deuda. Causa. Intimidación.— Aunque lo general es que la causa de la condonación sea la «*causa donandi*», el ánimo de liberalidad del acreedor, es posible al amparo del artículo 1255 del Cc, que por convenio de las partes, la condonación responda a causa distinta; pero en todo caso la causa ha de existir.

Es causa ilícita del negocio que un Ente público, en un Estado de Derecho, aproveche la angustiosa situación económica de un acreedor para obtener una condonación parcial de la deuda.

La intimidación como vicio del consentimiento al amparo de los arts. 1265-1267 Cc. El amenazar con no pagar prontamente a una empresa acreedora en una situación de peligro de suspensión de pagos y previsible quiebra, si ésta no perdona parte de la deuda es encuadrable en la figura de vicio del consentimiento por intimidación.

Inexistencia de negocio fiduciario.— Para que exista esta figura ha de haber una divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado; de manera que las partes se proponen obtener un efecto distinto y más restringido del que es propio del medio jurídico puesto en juego.

Si la causa aparente expresada en el negocio es distinta a la real, estamos en el ámbito jurídico de la simulación y no de la fiducia. (STS de 5 de abril de 1993; ha lugar).

HECHOS.— La Sociedad A, es acreedora de un Ayuntamiento por una prestación continuada de servicios, y por un montante económico considerable. A, ante el impago prolongado de la cantidad adeudada y ante la difícil situación económica, próxima a la quiebra por la que atraviesa, acepta firmar un documento, condonando parte de la deuda, aunque sin voluntad liberadora.

La Sociedad, solicita ante el Juzgado la declaración de nulidad de la donación y el reintegro por el Ayuntamiento de lo condonado. En Primera Instancia se declara la procedencia de ambos pedimentos. En apelación se revoca la sentencia declarando la validez de la donación. El TS anula la sentencia de apelación. (P.P.B.)

8. Opción de compra: Doctrina general.— La opción de compra no aparece regulada en el C.c., aunque tenga reconocido su aspecto registral en el art. 14 R.H., teniendo declarado esta Sala que debe entenderse como tal aquel convenio por virtud del cual una parte concede a la obra la facultad exclusiva de decidir sobre la celebración o no de otro contrato principal de compraventa, que habrá de realizarse en un plazo cierto, y en unas determinadas condiciones, pudiendo también ir acompañado del pago de una prima por parte del optante; siendo sus elementos principales: 1.^o) La concesión al optante del derecho a decidir unilateralmente respecto a la realización de la compra, 2.^o) La determinación del objeto, 3.^o) El señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición, y 4.^o) La concreción de un plazo para el ejercicio de la misma; siendo, por el contrario, elemento accesorio, el pago de una prima; o como tiene resumido esta Sala: «en el contrato de opción de compra, la compraventa futura está plenamente configurada, y depende del optante únicamente el que se perfeccione o no» (ss. de 16 de abril de 1979, 4 de abril de 1987, 9 de octubre de 1987, 24 de octubre de 1990, 24 de enero, 28 de octubre y 23 de diciembre de 1991, entre otras).

Caducidad.— Al tratarse de un contrato atípico, la principal fuente de su regulación habrá que ir a buscarla en la voluntad de las partes, según dispone el art. 1255 C.c., y subsidiariamente en la creación jurisprudencial que reconoce su naturaleza; en el presente caso, resulta obligado mantener la declaración de caducidad que contiene la sentencia recurrida por dos grupos de razones: a) realmente la caducidad se produjo por ministerio de la ley, ya que, de conformidad con el art. 1262 párr. 2.^o C.c., cuando el requerimiento notarial que contenía el ejercicio de la opción llega al conocimiento de los demandantes, habría transcurrido con exceso el plazo fijado, si bien, por voluntad del oferente este plazo se prorroga, aunque la misma voluntad pone fin al mismo con fecha 17 de julio de 1986, dada la actitud reiteradamente negativa del optante; b) se pacta contractualmente que el abono de la totalidad del precio convenido se efectuará al contado y en el momento de ejercitar la opción de compra; cláusula contractual que no ha tenido nunca efectivo cumplimiento (STS de 1 de diciembre de 1992; no ha lugar).

NOTA.— Correcta síntesis de la doctrina legal sobre contrato de opción y adecuada aplicación de la misma al supuesto de hecho. Hay, con todo, un aspecto que merece comentarse. Se trata de un arrendamiento de local de negocio con opción de compra, celebrado el 15 de mayo de 1984 con duración de un año, que por acuerdo de las partes se prorroga durante otro más, estableciéndose que del precio pactado se deducirán las rentas abonadas. ¿No cabe pensar en una simulación para eludir la prórroga forzosa? En ningún momento el arrendamiento parece haber dispuesto de numerario para adquirir el local, aunque ha intentado extemporáneamente ejercitar la opción. Ciertamente, en razón a la fecha, el segundo contrato quedaba sometido al Decreto-ley Boyer, con lo que se eliminaba el problema de la prórroga. Por otra parte es de observar que en ningún momento se cuestiona la vigencia del arrendamiento, limitándose el arrendador a solicitar, junto con la declaración de caducidad de la opción, el abono de las rentas pendientes. Con la nueva LAU de 1994 los problemas simulatorios perderán virulencia. (G.G.C.)

9. Venta de cosa ajena: Doctrina General.— No se puede inviabilizar el contrato de compraventa en cuestión por el mero dato de que, hipotéticamente, se tratase de la venta de una cosa ajena y que el vendedor fuese un *non dominus* ya que en nuestro derecho la compraventa no funciona, en puridad, como un negocio traslativo de dominio (aunque, por lo general, sirva en la praxis para producir ese efecto traslativo), sino como un negocio de transferencia de la posesión de la cosa, tal y como, de forma elocuente, se deriva, no sólo de lo dispuesto en su definición legal en el art. 1445 C.c., sino de lo establecido en el art. 1461 al prescribir que el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la compraventa, es decir, que el vendedor no se obliga a transmitir al comprador el dominio de la cosa vendida, ni tampoco a través de la compraventa se realiza un negocio traslativo de dominio, sin perjuicio -se reitera- que dentro del tráfico jurídico eso acontezca; mas, en puridad técnica, es perfectamente factible la compraventa de cosa ajena.

Error en la apreciación de la prueba.— Es doctrina reiterada que la casación no es una tercera instancia, por lo que no cabe, al amparo de la denuncia del error, revisar toda la prueba, y, menos aun, desarticularla cuando se ha valorado conjuntamente, y sacar el recurrente sus propias conclusiones o de-

ducciones para hacerlas prevalecer; el documento de apoyo ha de ser literosuficiente, revelador por sí mismo, sin necesidad de interpretaciones, hipótesis o inferencias, del error denunciado, y no estar contradicho por otras pruebas; no siendo hábiles para acusar el error, los atestados de la Guardia Civil, ni las diligencias de reconocimiento judicial, ni la inspección ocular, ni las declaraciones testificales, aunque se hayan documentado.

Error de derecho en la valoración de la prueba: Documento privado no reconocido.— La denuncia del error de derecho en la valoración de la prueba requiere inexcusablemente la cita del precepto que, conteniendo normas valorativas de la prueba, se considere infringido, así como la expresión del concepto en que lo haya sido; es doctrina reiterada que la falta de reconocimiento o adveración de un documento privado no le priva en absoluto de valor, y puede ser tomado en consideración, ponderando sus grados de credibilidad atendidas las circunstancias del debate (STS de 16 de noviembre de 1992; no ha lugar). (G.G.C.)

10. Compraventa. Entrega de cosa diversa.— En el contrato de compraventa, estamos ante un supuesto de incumplimiento contractual por entrega de objeto distinto, (aplicación de la doctrina del «*aliud pro alio*») cuando las imperfecciones del mismo son de tal magnitud que hacen al objeto totalmente inadecuado o inhábil para el fin en función del cual se celebró el contrato, con total insatisfacción del comprador, lo que hace de recibo la aplicación de los mecanismos resolutorios por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios que se contemplan en los artículos 1101 y 1124 del Cc.

La calificación del objeto del contrato como de segunda mano o usado no excluye el que efectivamente haya de servir al fin para el cual se adquirió.

Vicios ocultos.— No es viable la aplicación de las acciones que se contienen en el artículo 1486 del Cc, por cuanto los defectos son apreciados y apreciables desde un primer momento, lo cual excluye que estemos ante un supuesto de vicio oculto. (STS de 7 de abril de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— A compra a B una máquina de segunda mano, para instalar en su fábrica. En el contrato de compra-venta se hace constar que la máquina se entregaría «pintada y repasada». Tras diversas reparaciones la máquina no llega nunca a funcionar.

A demanda a B por vicios ocultos en la cosa, solicitando resolución del contrato e indemnización de daños y perjuicios. En primera instancia se absuelve a B de todos los pedimentos. El Tribunal de apelación, confirmado por el Tribunal Supremo, estima la resolución por incumplimiento por inadecuación de la cosa al fin para el cual contractualmente se pensó. (P.P.B)

11. Compraventa de inmuebles: «Aliud pro alio» y no responsabilidad por vicios ocultos.— Tratándose de graves defectos en la cubierta del edificio, cuya solución constructiva es inadecuada *per se*, y que se concretan en deslizamientos de las piezas de gres y mortero, abombamientos y deformaciones del plano de la cubierta, fisuras en las piezas de gres, incluso desprendimiento de la capa superior vitrificada, es de aplicar la constante doctrina jurisprudencial, precisada recientemente en ss. de 28 de enero y 20 de julio de 1992, en los siguientes términos: Se está en presencia de entrega de cosa di-

versa o *aliud pro alio* cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, que le permite acudir a la protección dispensada en los arts. 1101 y 1124 C.c., sin que sea aplicable el plazo semestral que señala el art. 1490 para el ejercicio de acciones edilicias; los arts. 1484 y 1490 C.c., como reguladores de las acciones redhibitorias y *quanti minoris*, integradas en el art. 1486, resultan inaplicables en aquellos supuestos en que la demanda no se dirija a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos, sino las derivadas por defectuoso cumplimiento al haber sido hecha la entrega de cosa distinta o con vicios que hagan impropio el objeto de la compraventa para el fin a que se destina.

Personalidad de la comunidad de propietarios.— Aun siendo cierto que, en el encabezamiento de la demanda consta solamente que el Procurador actúa en nombre de la Comunidad de Propietarios, sin expresar que ésta se halla representada en juicio por su Presidente, ello no basta para establecer la falta de personalidad de la actora pues el poder para pleitos aparece otorgado por don Paulino R.L. en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios, de la que —según hay constancia en el poder originario— era Presidente, todo lo cual indica que el referido «ente comunitario» interviene en el proceso representado por su Presidente, según preceptúa el art. 12 de la L.P.H. y declara la jurisprudencia (ss. de 17 de junio y 27 de septiembre de 1989 y 8 de enero de 1992). (STS de 12 de abril de 1993; no ha lugar). (G.G.C.)

12. Doble venta. Aplicación del artículo 1.473 del Código civil.— (...) el artículo 1.473 no es aplicable al caso conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial expresiva de que la tipificación de la doble venta, contemplada en dicho precepto, requiere para su existencia que cuando se perfeccione la segunda venta la primera no haya sido consumada todavía, pues de haberlo sido ya no se da el supuesto del art. 1.473, sino una venta de cosa ajena, con las consecuencias jurídicas propias de la misma (Ss. de 30 de junio de 1986 y 11 de abril de 1992, entre otras). Siendo así, resulta innecesario examinar si en el Sr. Cruz Conde concurría o no el requisito de la buena fe, en su sentido cognoscitivo, establecido en el artículo 1.473-1.º, sino que ha de concluirse afirmando que la compraventa formalizada en el documento privado, sin perjuicio de su validez en el ámbito estrictamente obligacional, carecía de eficacia como título traslativo del dominio por falta del poder de disposición en la vendedora sobre el objeto del contrato, y, por ende, había de prosperar la acción reivindicatoria ejercitada por el Ayuntamiento de Montilla. (STS de 17 de noviembre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— La entidad «Montialbero, S.A.» vendió por documento privado de fecha 12 de diciembre de 1985 al Sr. Cruz una finca que contaba entre sus accesorios con las cinco botas denominadas reales, objeto del presente litigio, que también fueron vendidas al Ayuntamiento de Montilla por documento que se elevó a escritura pública el día 24 de noviembre de 1986.

El Excmo. Ayuntamiento de Montilla promovió contra la referida sociedad y contra el Sr. Cruz sendas acciones de cumplimiento del contrato y de reivindicación. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia favorable a la adquisición de las botas reales por el Ayuntamiento, condenando al demandado a entregarlas y ponerlas en su poder y posesión. La Audiencia Provincial de Córdoba desestimó el

recurso de apelación. El Tribunal Supremo desestimó la totalidad de los motivos del recurso de casación. (A.R.M.)

13. Compraventa de inmuebles: Resolución por incumplimiento: Art. 1.504 C.C.— Para la viabilidad del art. 1.504 C.c. 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 motivada por justa causa que la origine, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó; matizando así la jurisprudencia actual la doctrina mantenida con anterioridad en orden a exigir que se acreditara de manera indubitada la voluntad deliberadamente rebelde del comprador a dar cumplimiento de lo convenido; por tanto, no puede ya, en puridad, hablarse de «voluntad deliberadamente rebelde» a los fines del art. 1.504 C.c., pues según la moderna jurisprudencia es afirmación sólo identificable con los supuestos de impago doloso, lo que dificultaría, como ha dificultado, en otros tiempos, la aplicación del citado precepto, «cuando en verdad era aconsejable resolver a instancias del vendedor los contratos en los que concurre el impago prolongado, duradero, injustificado o que frustre el fin económico del contrato y las legítimas aspiraciones del vendedor» (ss. de 12 de mayo de 1988, 2 de junio, 3 de octubre y 20 diciembre de 1989, 24 de febrero y 21 de julio de 1990 y 11 de marzo de 1991); no son razones justificativas que impidan la resolución la circunstancia de haberse pagado buena parte del precio, si lo dejado de pagar es una cantidad sustancial y significativa, como ocurre en el caso presente y no un mero remanente nimio e insignificante (s. 3 de enero de 1991), ni, en principio, tampoco las circunstancias sobrevenidas, con posterioridad al requerimiento, que modifiquen la situación jurídica del inmueble (STS de 2 de abril de 1993; ha lugar).

NOTA.— Se trata de un contrato de compraventa cuyo cumplimiento se dilata a lo largo de once años, quedando pendiente de pago casi una cuarta parte del total del precio más los intereses, habiéndose realizado el requerimiento resolutorio el 5 de julio de 1985. Aunque en primera instancia se había estimado la demanda interpuesta por el vendedor, en apelación se estimó el recurso del comprador. La s. extractada accede a la resolución *ex* art. 1.504 siendo importante por ratificar la nueva interpretación del art. mencionado que, con ciertas dificultades, se va abriendo paso en la «jurisprudencia menor». La «voluntad rebelde al cumplimiento» pudo ser una frase brillante, casi un *slogan*, pero debe ser revisada ante la variedad de situaciones que ofrece el tráfico; junto a conductas dolosas hay compradores que adoptan posturas negligentes, no siempre definidas con claridad, pero que al ser examinadas globalmente, aconsejan la resolución por prolongarse en el tiempo la actitud de impago; como en el caso de autos. Cambio de criterio jurisprudencial que debe aplaudirse. (G.G.C.)

14. Innecesariedad de litisconsorcio pasivo entre vendedor y fabricante en la acción por responsabilidad derivada de daños causados al comprador.— En el caso de daños causados al comprador por el mal funcionamiento de un aparato, el litigio surge exclusivamente entre la parte receptora del aparato suministrado y la casa suministradora o vendedora, en cuya esfera contractual han de repercutir y ventilarse los efectos acontecidos por el

uso del mismo a causa del mal funcionamiento. El que las causas determinantes del siniestro pudieran atribuirse a un deficiente proceso de fabricación del aparato, abriría al vendedor la posibilidad de repercutir en el fabricante dichos efectos a través del ejercicio de otra acción, mas no propiciaría la apreciación de un litisconsorcio pasivo necesario entre fabricante y vendedor.

Aplicación de las reglas del comodato a la situación de interinidad que se produce en la venta hecha a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida.— En la venta hecha a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida, que se presume hecha bajo condición suspensiva (art. 1.453 C.^o civil), el comprador debe manifestar su voluntad en un sentido o en otro como circunstancia necesaria para la efectividad del contrato. Perdiéndose la cosa en el entretanto, y ocurriendo este evento estando la cosa en poder del presunto comprador, dicha situación debe ser resuelta por vía de aplicación de las normas del comodato (art. 1.743 y ss. C.o civil) debiendo el comprador satisfacer al vendedor el precio convenido de la cosa vendida.

Términos de apreciación del litisconsorcio pasivo necesario.— El litisconsorcio pasivo necesario es una figura de construcción eminentemente jurisprudencial regida por el designio de procurar que el litigio se ventile con todos aquellos que, por estar vinculados con la relación jurídico material objeto del pleito, puedan resultar afectados por la sentencia, todo ello en íntima dependencia con la búsqueda de la veracidad de la cosa juzgada.

No se produce tal comunidad de relación jurídica cuando los no llamados a la litis se hallan vinculados por contratos diferentes a los de los intervinientes en ella, y cuando nada les impide ejercitar en su defensa las acciones que crean convenientes basadas en causas de pedir inconfundibles y sin que les obste excepción alguna de cosa juzgada. (STS de 20 de abril de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— El comprador de un aparato industrial había sufrido daños como consecuencia de un siniestro (incendio) que había tenido su origen en el mal funcionamiento del aparato suministrado. Desestimada en primera instancia su demanda contra la parte vendedora por apreciarse falta de litisconsorcio pasivo necesario, en apelación logra la condena del vendedor al abono de una indemnización, fallo que se ve confirmado por la decisión del Alto Tribunal. (R.S.A.)

15. El artículo 62 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (artículo 45 Texto Refundido 1992) no es aplicable a las subastas judiciales.— El T.S. entiende que la expresión «el que enajenare» contenida en este precepto («el que enajenare terrenos no susceptibles de edificación, o edificios o industrias fuera de ordenación, deberá hacer constar expresamente estas situaciones en el correspondiente título de enajenación»), no es aplicable a las subastas judiciales. (STS de 24 de marzo de 1993; ha lugar).

HECHOS.— Demanda de juicio de menor cuantía interpuesta por Don M.L.C. contra «Banco de Vizcaya S.A», «Banco Español de Crédito, S.A», «Caja de Ahorros de Valencia», «Caja Postal de Ahorros», «Banco Hispano Americano», y contra don José, don Francisco y don Vittorio J.S., propietarios de los bienes subastados.

En la demanda se solicitaba se declarase la nulidad de la subasta por no concurrir los requisitos del artículo 1.261 C.c., al haber padecido error de licitar sobre un bien que no podía cumplir su fin propio (no era edificable). Subsidiariamente, se instaba la resolución al amparo del art 62 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

Se desestima la demanda en Primera Instancia. Se estima parcialmente el recurso de apelación. Las entidades demandadas interponen recurso de casación. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (N.M.I.)

16. Contrato de obra: Responsabilidad del contratista por lesiones causadas al desprenderse un trozo de fachada: Carácter principal de la responsabilidad.— Además de la responsabilidad de la Comunidad de Propietarios *ex art.* 1.907 C.c., y de sus entidades aseguradoras, que aquí no se cuestiona, también existe responsabilidad para el constructor cuando el daño producido resultase por defecto de la construcción, y se ejercitase la acción dentro del tiempo legal, conforme establece el art. 1.909 C.c.; requisitos que concurren en el presente caso pues los vicios ruinógenos, por defectuosa construcción de la fachada, se produjeron dentro del plazo de garantía que establece el art. 1.591 C.c. y la acción ha sido ejercitada antes de producirse la prescripción de la misma —los hechos ocurrieron el 15-IV-1987 y la demanda se presentó el 15-IV-88— responsabilidad que es directa y principal.

Solidaridad.— Es doctrina reiterada que en los supuestos de culpa extracontractual, en el caso de haberse producido el evento dañoso indemnizable por la acción u omisión de diversas personas, y no siendo posible la individualización o cuantificación de las referidas actuaciones, surge entre los intervinientes la figura de la solidaridad, sin que pueda cuantificarse la responsabilidad, y mucho menos al haber sido condenado erróneamente como responsable subsidiario en fallo que, al haber sido consentido, debe mantenerse.

Codemandado absuelto.— Un demandado que ha sido condenado carece de legitimación para pretender que se condene también a otro u otros de sus codemandados, a quienes absuelve la sentencia recurrida, y cuyo pronunciamiento absolutorio ha sido consentido por los únicos legitimados para impugnarlo.

Recurso de apelación: Principios que lo rigen: «Tantum devolutum quantum appellatum»: «*Reformatio in peius*».— El recurso de apelación, en cuanto ordinario que es, transfiere plena jurisdicción al órgano superior para volver a conocer del asunto planteado y debatido en primera instancia con las siguientes limitaciones: 1.^a) El pronunciamiento de primera instancia que haya sido consentido por la parte a quien perjudique (única legitimada para recurrirlo), al deber ser tenido por firme y con autoridad de cosa juzgada, no puede volver a ser considerado y resuelto por la sentencia de apelación (*tantum devolutum quantum appellatum*), y si el Tribunal de apelación por propia iniciativa vuelve a pronunciarse sobre el mismo, la sentencia será incongruente y desconocerá la autoridad de la cosa juzgada formal; 2.^a) Con relación a un pronunciamiento apelado, y respecto del cual la otra parte no se haya adherido a la apelación, el Tribunal de la alzada no puede hacer un pronunciamiento que, para el apelante, sea más gravoso y perjudicial que ya lo era el recurrido, al impedírsele el principio prohibitivo de la *reformatio in*

peius, que veda a dicho Tribunal hacer pronunciamiento que grave la situación que para el apelante resulta de la sentencia de primera instancia; de todo ello resulta que, por extraño que parezca al Tribunal de apelación y a esta Sala, el constructor condenado como responsable subsidiario, al ser único apelante, no puede ser condenado como responsable principal, y en este punto ha de estimarse el recurso (STS de 21 de abril de 1993; ha lugar).

NOTA.— Cabría decir en este caso *dura lex sed lex*, pues por extraña que resulte la declaración de responsabilidad subsidiaria del constructor del edificio en situación de ruina parcial, la legislación procesal debe respetarse ya que su acatamiento entra en el concepto del derecho constitucional a la tutela efectiva. El suceso que motiva el recurso es frecuente: desprendimiento de un trozo de fachada dentro del período de garantía con resultado de lesiones importantes a una menor; sus padres acumulan las reclamaciones contra todos los posibles responsables -cosa también frecuente, y hasta aconsejable en sede de postulación-, de modo que se demanda conjuntamente a la Comunidad de Propiedad, al constructor, al Ayuntamiento y a las correspondientes entidades aseguradoras. El Juez de 1.^a Instancia estima la demanda, reduciendo la cuantía solicitada de treinta a dieciocho millones de pts. aunque comete la incorrección de declarar subsidiaria la responsabilidad del constructor. Conformes los actores con el fallo —solicitan incluso la ejecución provisional—, en apelación se absuelve al Ayuntamiento y se empeora la situación del constructor condenándolo -como debió hacerlo el Juzgado, pero sin términos procesales para efectuarlo- como responsable principal al pago de la indemnización concedida. El recurso del constructor es estimado, aunque la Sala expresa también su sorpresa ante el resultado sustantivo que se produce.

La sentencia, de la que ha sido Ponente MORALES MORALES, tiene una evidente finalidad pedagógica para el Tribunal inferior y su FD 2.^o es una lección de doctrina procesal, que no resulta inoportuna. Caben también algunas anotaciones marginales. No hay datos para conocer el fundamento de la declaración de responsabilidad de la Comunidad de propietarios, pero no cabe duda que sigue sin aclararse debidamente las relaciones entre el art. 1.591 y los arts. 1.907 y 1.909, que hace tiempo sostuvo eran claves para desvelar la auténtica naturaleza de la responsabilidad *ex art. 1.591* (probablemente SALOM ANTEQUERA, *La responsabilidad aquiliana de los propietarios de edificios y de los arquitectos y constructores según el C.c. español* (Discurso de apertura de la Univ. de Valencia, 1940) fue el primero que llamó la atención sobre su relación, aunque no acertó a deslindar su campo de actuación respectivo, como puse de relieve en *La responsabilidad por ruina de los edificios ex art. 1.591 C.c.*, ADC, 1963, p.1096; últimamente, DE ANGEL YAGÜEZ, Comentario al art. 1.907 C.c. en *Com. Min. Justicia*, II, p. 2044 s.). Curiosamente la s. extractada parece adscribirse a la naturaleza extracontractual de la acción. (G.G.C.)

17. Distinción entre mandato y arrendamiento de servicios.— La expresión «prestar algún servicio» contenida en el artículo 1.709 del Cc. es tan

vaga e imprecisa que ha originado fuertes discusiones doctrinales y prácticas respecto a la distinción entre mandato y arrendamiento de servicios, de tal manera que, aunque el mandato se encuadre entre los contratos de trabajo por unos, y entre los de gestión y cooperación por otros, los criterios de representación, gratuidad, dependencia o subordinación al *dominus* y sustituibilidad no tienen virtualidad suficiente diferenciadora para poder ser aplicables en todos los casos y habrá de examinarse el negocio de que se trate en cada supuesto concreto, con la vista puesta siempre en que la regulación legal del mandato se refiere siempre a actos o negocios jurídicos a realizar por el mandatario. Las SS. de 14 de marzo de 1986 y 25 de marzo de 1988 se centran en el criterio de distinción de la sustituibilidad o insustituibilidad en el hacer, de tal manera que habrá mandato en el primer caso y arrendamiento de servicios en el segundo (...). Ha de investigarse la intención de los contratantes, que han combinado los dos tipos de contrato: arrendamiento de servicios en la actuación del Dr. Harquindey y mandato en el resto, de mayor importancia y transcendencia, por lo que si se aplica la doctrina de la absorción y la preponderancia del mandato, es indudable el acierto del fallo recurrido al ordenar la rendición de cuentas, llegándose a igual resultado con la teoría de la combinación, que obliga a tener en cuenta tanto el fin pretendido al contratar, como la buena fe. (STS de 27 de noviembre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Don J.L.C.G. (demandante-apelante) entregó en su día a la parte demandada, «Clínica Bostón, S.A.», una cantidad de dinero en concepto de los servicios prestados por la misma para su intervención quirúrgica en un Hospital de Houston.

El tema litigioso se centró por las partes y los órganos jurisdiccionales de instancia en determinar si el negocio jurídico celebrado era un mandato, y por tanto la cantidad fue entregada como provisión de fondos, teniendo derecho el demandante a solicitar del demandado rendición de cuentas y devolución de las cantidades no justificadas (tesis de la actora y de la Audiencia Provincial de Madrid), o un arrendamiento de servicios, con un precio cierto y cerrado (tesis de la demandada, sostenida por el Juzgado de Primera Instancia). El Tribunal Supremo no dió lugar a la casación. (A.R.M.)

18. Actos propios. Alcance y significado del principio.— Indudablemente, entre los principios generales del derecho a que se refiere el artículo 1.4 del Código civil, se encuentra el concerniente a que «nadie puede ir en contra de sus propios actos», debiendo entenderse por tales, «aquellos que, por su carácter transcendental o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho».

Derecho de retracto arrendaticio. Dación en pago.— Confirmando doctrina contenida en la S.T.S. de 6 de febrero de 1991, el tránsito de titular de acciones de una sociedad a propietario de bienes (antes del patrimonio social) consecuencia de la disolución de una entidad bancaria, ni es compraventa ni dación en pago, ya se analice la disolución de sociedad desde el campo de los derechos civil y mercantil, incluso, fiscal; no cabe extender el derecho de retracto a supuesto no contemplado en la norma que lo establece, y carece de efecto en tal sentido toda notificación efectuada al arrendatario.

pues ella misma no puede generar la creación de un derecho de retracto arrendaticio. (S.T.S. de 14 de abril de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Disuelto el Banco G. N., S.A., se adjudican todos sus bienes, derechos y obligaciones en bloque al único accionista, Banco E.C., S.A., en pago y por cancelación de sus acciones y créditos, advirtiendo en la escritura notarial que en algunas de las fincas adjudicadas existía un contrato de arrendamiento. Notificado el arrendatario por conducto notarial, de la adquisición de los locales objeto del contrato de arrendamiento y del valor satisfecho por ellos, a los efectos del derecho de retracto, y tras manifestar su voluntad de ejercitar dicho derecho por carta remitida notarialmente, sin recibir contestación alguna por parte de la Entidad Bancaria que resultó adjudicataria, se formula demanda suplicando se declare su derecho al retracto de las fincas adquiridas por el demandado y se condene a éste a otorgar escritura de transmisión de la propiedad de dichas fincas a favor del actor, arrendatario, previo pago del precio correspondiente y demás reembolsos legítimos.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial la revocó desestimando la pretensión. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (R.D.R.).

19. Contrato de arrendamiento de local de negocio posterior al decreto-ley Boyer: Duración: Interpretación de la voluntad de las partes: Interpretación sistemática: Art. 1.285 C.C.— La jurisprudencia de esta Sala ha declarado con reiteración que el art. 1.285 C.c. tiene un indiscutible valor, ya que la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible, no pudiendo encontrarse en una cláusula o en varias aisladas de las demás, sino en el todo orgánico que lo constituye; en el caso litigioso, la interpretación sistemática conduce a la conclusión de que la intención de las partes contratantes fue la de someter el mismo al sistema de prórroga forzosa para el arrendador y potestativa para el arrendatario.

Contrato concertado entre personas jurídicas: Momento de perfección: El acuerdo estatutario como acto preparatorio.— Los acuerdos adoptados por una persona jurídica en orden a la celebración de un futuro contrato, sujetos a las normas estatutarias en cuanto a su ejecución y revocables con arreglo a las mismas, no pueden tener otra consideración que la de actos preparatorios del contrato (STS de 20 de abril de 1993; ha lugar).

HECHOS.— Los hechos significativos que la S. considera decisivos para llegar a la interpretación favorable a la prórroga forzosa son: la cláusula de estabilización pactada, según la cual la renta se revisará anualmente, la estipulación según la cual el local arrendado se dedicará única y exclusivamente a oficinas de la arrendataria, la forma pactada para el pago de la renta, por semestres anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes de julio y enero de cada año, la previsión respecto a la repercusión de la Contribución Territorial Urbana, o los impuestos que la sustituyan; todo ello —afirma el FD 3.^o— sólo cobra sentido en un contrato arrendaticio de duración indefinida.

No parece que, después de la entrada en vigor de la LAU 1994, pueda mantenerse esta interpretación, ni, por supuesto, para los contratos posteriores a su vigencia, ni, muy probablemente, para los anteriores, aunque posteriores al Decreto-Ley Boyer. Según la Disp. Transitoria 1.^a 2, para los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrado a partir del 9 de mayo de 1985, en el caso de tática reconducción, el arrendamiento renovado se regirá por las normas de la presente Ley relativas a los arrendamientos para uso distinto al de vivienda. (G.G.C.)

20. Arrendamiento de local de negocio. Resolución. Consideración de la instalación y explotación de máquinas recreativas por un tercero como contrato de subarriendo, o como simple actividad complementaria de atracción de clientela.— Ambas posturas han sido objeto de sendas resoluciones de este Tribunal en muy reciente fecha —21 de febrero y 10 de octubre de 1991—, dando lugar a soluciones en desacuerdo. Pero una completa y reposada lectura de su contenido, prontamente pone de manifiesto que la contradicción es mas aparente que real, ya que si la primera sentencia rechazó, «en dispensa de una justicia razonable», la conclusión de subarriendo, no obstante el hecho acreditado de haberse «instalado en el local una máquina tragaperras...», al margen de reconocer que la propiedad o los beneficios derivados (de su explotación) puedan ser de otra tercera persona distinta del arrendatario», la opuesta conclusión, sentada en la de 10 de octubre de 1991, se hace con base en el desplazamiento (no apreciado en la anterior) que la actividad negocial que se venía desempeñando en el local, a tal fin arrendado, ha sufrido por consecuencia de la instalación en un espacio de no más de cien metros cuadrados y renta de setenta mil pesetas, de cinco máquinas tragaperras cuyo «rendimiento (se afirma) superará con creces los límites que permiten calificar su presencia como elemento auxiliar o complementario». De tal modo que el criterio decisivo para reputar la conducta enjuiciada de subarriendo, aparte los casos en que la posesión del local, esencial en el contrato arrendaticio, hubiese quedado, por consecuencia de la nueva relación, total o parcialmente sustraída al arrendatario o compartida con el tercero propietario de las máquinas, o condicionada por la nueva instalación o manejo de las mismas, ha de buscarse en la entidad económica que se ofrezca o resulte de la instalación de tales mecanismos, cuya presencia no puede, sin incidir en cesión o subarriendo, desplazar o alterar en su detrimento sensiblemente la propia del arrendatario en el local. (STS de 31 de octubre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— El arrendador formuló demanda de juicio incidental de la Ley de Arrendamientos Urbanos sobre resolución de contrato de arrendamiento urbano, al amparo del artículo 114 de aquella Ley, por haber permitido el arrendatario, contraviniendo lo convenido y la legalidad, la instalación y explotación, por cuenta de tercero, de dos máquinas recreativas con premio, tipo B. El Juez de primera instancia estimó la demanda, resolviendo el contrato de arrendamiento por considerar que la instalación de tales máquinas, autorizada por el arrendatario, constituye un contrato de subarriendo de local de negocio, por el que, sin consentimiento del arrendador, se cede a un tercero el disfrute y utilización de parte del local mediante precio, con el consiguiente efecto resolutorio de la relación arrendaticia. La Audiencia Provincial

revoque la sentencia de primera instancia al estimar que, interpretadas las normas bajo la realidad social del tiempo (art. 3 del C.c.) que pone de relieve la proliferación de aparatos de la más diversa especie en establecimientos dedicados a hostelería, bares, etc., la presencia de tales máquinas constituye simplemente una actividad complementaria de atracción de clientela que no supone modificación alguna del negocio de bar que se desarrolla en el local. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (P.-J. F.L.)

21. Arrendamiento de industria: Extinción: Derecho a la tutela efectiva: Doctrina general.— El derecho a la tutela efectiva no puede ser base para convalidar situaciones que el juzgador establece desprovistas de amparo legal, ya que ese derecho tan fundamental se obtiene, incluso, cuando se deniega o rechaza lo interesado por las partes en el proceso, siempre que concurre la causa legal correspondiente, y entender lo contrario sería desconocer el principio de la seguridad jurídica y terminar con institutos tan esenciales como los relativos a la litispendencia y a la cosa juzgada e, incluso, quedaría menoscabado todo el ámbito de los recursos.

Cosa juzgada en juicios de desahucio.— En razón a la naturaleza especial y sumaria que caracteriza al juicio de desahucio, el mismo no puede producir, en principio, efecto de cosa juzgada, y así ha venido manteniéndose reiteradamente en la jurisprudencia emanda de esta Sala; pero no es menos cierto que es doctrina consolidada la admisión de la mentada excepción cuando la cuestión litigiosa viene a coincidir con la que ya fue objeto de discusión y resolución en un juicio previo de desahucio, doctrina recogida en ss. de 14 de noviembre de 1988 y 28 de febrero de 1991 (con alusión a otras anteriores), llegándose a declarar en la última que se encuentran protegidas por la cosa juzgada tanto las cuestiones expresamente resueltas, como aquellas otras implícitamente comprendidas en el *thema decidendi*, habiéndose declarado por ss. de 23 de julio y 11 de octubre de 1990 que la cosa juzgada producida en juicio de desahucio puede impugnarse únicamente por medio de los recursos de revisión y de audiencia en rebeldía, pero no en juicio declarativo ordinario.

Cosa juzgada: Requisitos: Falta de identidad de las personas.— La eficacia vinculante de la cosa juzgada material exige la concurrencia de las tres identidades de personas, cosas y causa o razón de pedir, y en el presete caso, el juicio comparativo entre las pretensiones hechas valer en ambos procesos, conduce a apreciar las dos últimas identidades, pero no sucede lo mismo con los elementos personales, dado que en anterior juicio de desahucio la relación jurídico-procesal no se constituyó ni con el arrendador, ni con la sociedad de responsabilidad limitada constituida para la explotación del negocio.

Relación entre desahucio de arrendamiento de empresa por expiración de plazo y sentencia estimatoria en juicio interdictal.— Las sentencias interdictales estimatorias contienen la fórmula de «sin perjuicio de tercero» y reservan a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o posesión definitiva; la posesión concedida en ejecución de sentencia en el juicio interdictal no podía revitalizar el contrato de arrendamiento que ya se había extinguido, por lo que procede desestimar la demanda en que se pretende la declaración de su subsistencia (STS de 27 de noviembre de 1992; ha lugar).

NOTA.— Se estima el recurso interpuesto por el actor, si bien se desestima su demanda con base en una distinta fundamentación jurídica. El INSALUD de determinada capital de provincia acuerda ceder en arrendamiento la explotación de los servicios de Bar, Cafetería con Restaurante y Autoservicio al ahora recurrente, con fecha 5 de mayo de 1981, por plazo de un año, prorrogable tácitamente, salvo denuncia de cualquiera de las partes, con preaviso de tres meses; en octubre de 1981 el arrendatario solicita declaración de suspensión de pagos, de la que desiste en 1984; con la antelación pactada se notifica al arrendatario la extinción del contrato al vencer el primer año de funcionamiento, en cuyo momento el arrendatario fue privado de la posesión de las instalaciones arrendadas, que fueron adjudicadas a una nueva arrendataria; el arrendatario saliente logró la reposición posesoria en juicio interdictal; a partir de 6 de noviembre de 1985, la nueva arrendataria recobró la posesión de la controvertida explotación. El primitivo arrendatario ejercita una acción encaminada a la renovación del contrato de 1981, con base en la reposición que logró en el interdicto de recuperar la posesión, demanda rechazada en ambas instancias al aceptarse la excepción de cosa juzgada. El TS declara mal acogida esta excepción, aunque recuerda los supuestos en que resulta admisible, y entrando en el fondo, resuelve definitivamente el tema y declara, con plena eficacia de *res iudicata* que lo extinguido, bien extinguido está, y no puede revivir por vías indirectas y hasta tortuosas. La solución es plenamente de aprobar. (G.G.C.)

22. Donación de bienes inmuebles. Forma.— El artículo 633 del Código civil es de aplicación preferente sobre las disposiciones generales de los contratos, hasta el punto de haberse mantenido que no constituye donación la mera declaración unilateral de voluntad acerca de bienes inmuebles que requiere escritura pública, siendo una excepción a la teoría general que atribuye eficacia al consentimiento en cualquier forma expresado (Sentencias de 9 de julio de 1984, 15 de octubre de 1985 y 14 de mayo de 1987), y en la misma línea está la sentencia de 27 de septiembre de 1989, al establecer que el principio espiritualista o de libertad de forma que, como regla general, inspira el sistema de la contratación civil (artículos 1.255 y 1.278 del Código civil) tiene algunas excepciones, integradas por los llamados contratos solemnes, en los que la ley exige una forma determinada, no para su simple acreditamiento, sino para su existencia y perfección («*ad solemnitatem*», «*ad substantiam*», «*ad constitutionem*»). Una de las expresadas excepciones es, precisamente, la concerniente a la donación de inmuebles, como expresa y categóricamente proclama el artículo 633 del Código, doctrina que es recogida en la de 24 de septiembre de 1991.

Resolución recaída en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.— La interpretación jurisprudencial relacionada conduce, inevitablemente, a considerar que la resolución recaída en el procedimiento del artículo 131 no puede equipararse, ni suplir, a la escritura pública exigida en el artículo 633 para tener por válida y eficaz a la donación de bienes inmuebles, en cuanto que el alcance y significación de esa resolución agota su virtualidad en los efectos a que se hizo referencia, pero sin que, en ningún caso, pueda concedérsele valor de elemento constitutivo de la escritura que requiere el artículo 633, por consiguiente, el remate y su cesión verificados en el

caso de autos carecieron de operancia y efectividad en orden a transmitir, por vía de donación, los inmuebles a que afectaba, lo que conduce, a su vez, a estimar como infringido, por inaplicación, el tan repetido artículo 633, y a considerar la inexistencia de donación a los efectos procedentes (STS de 26 de mayo de 1992; ha lugar).

NOTA.— La cuestión litigiosa queda centrada en la determinación de la verdadera naturaleza jurídica del acto o negocio jurídico en virtud del cual adquieren el dominio del local arrendado los hermanos demandados, esto es, si se trata de un negocio jurídico oneroso o es un negocio gratuito y de completa liberalidad, y, aún más concretamente, el tema, realmente único, a resolver en el recurso de casación, es el de ineficacia de la donación por no recogerse en escritura pública, dada la índole inmobiliaria del local arrendaticio. (A.C.S.).

23. Daños causados por fuga de agua del piso superior: Art. 1.910 C.C.— El caso objeto de *litis* tiene una incardinación o subsunción normativa en el art. 1.910 C.c., cuyo precepto, ofreciendo una clara muestra de la denominada responsabilidad objetiva o por riesgo, y refiriéndose exclusivamente al que llama «cabeza de familia» —con el que quiere denominar al que por cualquier título habita una vivienda, como personaje principal de la misma, en unión de las personas que con él conviven, formando un grupo familiar o de otra índole—, responsabiliza a dicho «principal» o «cabeza de familia» de los daños causados «por las cosas que se arrojaran o cayeren de la misma», dentro de cuya expresión, al no tener la misma carácter de *numerus clausus* (s. de 12 de abril de 1984), han de incluirse tanto las cosas sólidas, como los líquidos que, de una forma u otra, caigan de la expresada vivienda y causen daños a tercero en su persona o en sus cosas.

Responsabilidad del propietario de la vivienda.— El propietario que arrienda la vivienda, no la habita y, por tanto, no se le podrá exigir responsabilidad *ex art.* 1.910 C.c.; si podría exigírsela con base en el genérico art. 1.902 en el supuesto de que, habiendo sido la causa determinante del daño el mal estado de las instalaciones, el propietario-arrendador, conociendo dicha circunstancia, hubiera dejado de cumplir la obligación que le incumbe de repararlas; pero en el presente caso aparece probado que el arrendatario no comunicó la existencia de ninguna avería en la conducción de agua, causante de la fuga, avería que incluso era desconocida para él por ocurrir durante las horas de la noche; no es legal ni racionalmente exigible al propietario arrendador una constante supervisión de la vivienda arrendada, que ha de presumirse se encuentra en buen estado, cuando el arrendatario no le ha comunicado la necesidad de reparación alguna, como era su obligación conforme establece el art. 1.559 C.c.

Seguro de daños: Subrogación del asegurador: Moderación del «quantum» por los Tribunales.— En el presente caso la sentencia recurrida ha aplicado correctamente el art. 43 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980, al reconocer los derechos que corresponden a la entidad aseguradora, para subrogarse en la posición jurídica del asegurado frente a los responsables del siniestro; pero ello no impide que la Sala *a quo* haga uso —como lo ha hecho— de la facultad moderadora del art. 1.103 C.c., aplicable también a los supuestos de culpa extracontractual, constituyendo una facultad discrecional, exclusiva de la instancia, excediendo del ámbito propio de la casación, y cuya

aplicación esta Sala considera plenamente acertada teniendo en cuenta las muy particulares circunstancias concurrentes en el caso (hecho productor de los daños originado indudablemente de manera imprevisible, sin intervención alguna del arrendatario, ni de ninguna de las personas que con él convivían, y durante las horas nocturnas, en que no era normal poder advertir la producción del mismo para proceder a su evitación, lo que, de haber ocurrido a otras horas, habría sido sumamente fácil cerrando la llave general del agua. (STS de 20 de abril de 1993; no ha lugar).

NOTA.— Una fuga de agua motivada por la rotura del tubo exterior del bidet que enlaza con la tubería general, produce una inundación en el piso inferior con importantes desperfectos en el archivo de transparencias de cine, comics, dibujos, grabados, posters, revistas etc. que se valoran en más de doce millones de pts., suma que inicialmente paga la aseguradora del damnificado, y que éste reclama, por vía de subrogación al inquilino del piso superior, a los propietarios que lo son de todo el edificio, y a las respectivas compañías aseguradoras. Destacan dos aspectos: la reducción del *quantum* abonado efectivamente por la aseguradora, a la mitad de su importe, y la absolución de los propietarios. ¿No podía haberse invocado el art. 1907 —ruina funcional— que la doctrina interpreta en clave de responsabilidad cuasi-objetiva o por riesgo? *Vide* DE ANGEL YAGÜEZ, *Com. Min. Justicia*, II, p. 2044 s. (G.G.C.).

4. DERECHOS REALES

24. Falta de prueba respecto a la identificación material de la finca objeto de acción reivindicatoria.— La identificación de la cosa, que constituye materia fáctica excluida por lo general del control casacional, debe hacerse de forma que no ofrezca dudas sobre cuál sea el bien que se reclama. En el caso de fincas inscritas en el Registro de la Propiedad la identificación implica probar que la finca reclamada coincide en la realidad con aquélla a la que se refieren los títulos, es decir, probar la correspondencia entre la realidad registral y extrarregistral. Ello, por supuesto a cargo de la parte actora (art. 1214 C.º Civil). Para llevar a cabo este juicio comparativo no es suficiente la aportación de unas titulaciones que datan de hace más de un siglo, pues las sucesivas transformaciones operadas impiden constatar la identidad de las antiguas descripciones de los inmuebles contenidas en aquéllas. (STS de 26 de noviembre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— El recurrente en casación —que había obtenido sendos fallos desestimatorios de su pretensión tanto en primera instancia como en apelación— solicitaba que se declarase su titularidad dominical (con carácter prevalente sobre las inscripciones registrales que pudiese ostentar la parte demandada, respecto de las que solicitaba también la nulidad parcial) sobre un patio y una salida, los cuales, en virtud de una división practicada en el año 1868 sobre una finca mayor, de la que procedían tanto la finca del actor como la de la parte demandada, habrían quedado asignados a la primera y no a la segunda. (R.S.A.).

25. Enclave de propiedad privada en zona marítimo-terrestre.— El mandato constitucional, según el cual en todo caso la zona marítimo-terrestre es bien de dominio público estatal, exige una más rigurosa demostración del carácter privado de las fincas.

Aplicación directa del artículo 132.2 de la Constitución.— La eficacia inmediata del precepto contenido en el artículo 132.2 de la Constitución no justifica, sin más, la realización y aprobación administrativa del deslinde y señalamiento de la zona marítimo-terrestre, desconociendo la necesidad de promover acción reivindicatoria, declarativa de dominio o de nulidad de los títulos. En caso contrario, se atribuiría al deslinde un cometido y contenido que le desborda, en cuanto que éste supone una actividad delimitadora en el ámbito exclusivo de la Administración, sin pretensión de declaración de propiedad, ni de posesión. Además, se incidiría en violación del artículo 33.3 de la Constitución, dado que aunque la Constitución carezca de un reconocimiento explícito de los derechos adquiridos no es, en modo alguno, una Constitución confiscatoria (STS de 20 de enero de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Por Orden Ministerial de 30 de octubre de 1969 se practicó deslinde de la zona marítimo-terrestre de un determinado lugar. El deslinde afectó a una parte de los terrenos de los demandantes. En la demanda, interpuesta contra la Administración del Estado, se solicita que se declare nulo en cuanto les afecte el deslinde practicado, y que igualmente se declare que las fincas afectadas son de propiedad privada y exclusiva de los demandantes. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado.

26. Régimen de Propiedad Horizontal. Elemento común. Desafección.— Las cubiertas y patios de las edificaciones son elementos comunes pues así lo mencionan expresamente el art. 396 del Cc y el art 1.^o de la Ley de Propiedad Horizontal. Es posible la desafección inicial o posterior de aquellas partes del edificio que no siendo por su estructura y destino esenciales, lo son por destino o accesoriedad como ocurre con los patios interiores, pero para que se produzca tal privación han de seguirse los mecanismos que se prevén en la propia Ley de Propiedad Horizontal (art. 16.1).

Abuso de derecho.— Para apreciar abuso del derecho, es necesario que se use del mismo con la intención de dañar o utilizando el derecho de un modo anormal o plenamente contrario a la convivencia ordenada; determinaciones que han de hacerse desde un punto de vista subjetivo como ausencia formal, seria y legítima del ejercicio del derecho, y desde un punto de vista objetivo cuando el excesivo ejercicio del derecho se haga perjudicial. (STS de 5 de abril de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— La Sociedad arrendataria de una nave demanda al arrendador y a la Comunidad de Propietarios del inmueble solicitando la reparación de las deficiencias de la cubierta del patio que constituye cerramiento de su nave. En 1.^a instancia se condena a la Sociedad arrendadora exclusivamente. En apelación se condena con exclusividad a la Comunidad de Propietarios, basándose en que la cubierta es

elemento común del inmueble. El TS en casación confirma el fallo del tribunal de apelación. (*P.P.B.*).

27. Legitimación activa del comunero.— Es doctrina reiterada por la jurisprudencia que la legitimación activa del comunero viene determinada por su fundamento en el derecho común ejercitado (acción en provecho común) y por el resultado provechoso pretendido. Y se entiende que la acción ejercitada ha de considerarse beneficiosa para todos los condueños, si se trata de poner fin a un arrendamiento de local de negocio (oficina), cuando el arrendatario mantiene o ha mantenido cerrado e inactivo dicho local durante el tiempo señalado por la ley.

Cierre de local de negocio por el arrendatario. Concepto. Justa causa.— El concepto de cierre, aclarado por la jurisprudencia, se concreta en el cese total y pleno de la actividad para la que fue arrendado el local.

El cierre del local por más de seis meses en el plazo de un año deja de producir su virtualidad denegatoria de la prórroga del contrato y la subsiguiente resolución del mismo (artículo 68.3 en relación con la causa 11 del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) cuando dicho cierre obedezca a justa causa que demuestre, que el desempleo del local, además de tener un carácter temporal y transitorio, nunca permanente o definitivo, no es revelador de una falta voluntaria de dedicación o de necesidad del mismo, sino, por el contrario, que obedece a una causa ajena y superior a la voluntad del arrendatario, a quien, por tanto, no le es imputable (Sentencias de 14 de noviembre de 1960 y 13 de enero de 1961). Entre estas causas cabe admitir un necesario cambio de Organismo del Estado, que haya de tener su sede en el local litigioso y suponga la necesidad de realizar imprescindibles obras de acondicionamiento para prestar sus servicios. (*S.T.S. de 6 de abril de 1993*; ha lugar).

HECHOS.— Habiendo permanecido cerrado y sin actividad un local de negocio, arrendado a la Administración del Estado para ser destinado a oficina pública, durante un plazo superior a seis meses en el curso de un año, el actor, copropietario, en régimen de condominio ordinario, de dicha finca urbana, actuando en nombre propio y en beneficio de los demás copropietarios, arrendadores igualmente, formuló demanda contra el Estado. Dirección General del Patrimonio del Estado, suplicando se dicte sentencia por la que se declare resuelto el contrato de arrendamiento y se condene al demandado a dejar a la libre y entera disposición de la propiedad del citado piso en el plazo prevenido por la Ley.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, anulando la sentencia recurrida y manteniendo el fallo de Primera Instancia. (*R.D.R.*).

28. Servidumbre de paso. Calificación como aparente y discontinua. La existencia de signo aparente de la misma se considera título de su adquisición. Protección registral.— (...) Los hechos probados declaran que el signo externo de servidumbre existía cuando el dueño común de ambas fincas

las segregó, y quedó así el camino o senda de acceso cuando adquirió la actora la finca que ahora pretende libre de servidumbre.

A tenor del art. 539 del C.c. «las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título», y según el art. 540 «la falta de título constitutivo de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción, únicamente se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por una sentencia firme».

Es evidente que la servidumbre de autos es aparente y discontinua, puesto que presenta signos exteriores (art. 532, párrafo 5.º) y porque se usa a intervalos más o menos largos, y depende de actos del hombre (art. 532, 3.º). Y es evidente también que no existe título de los exigidos por los artículos que se citan como conculcados, pero su reconocimiento como servidumbre legalmente constituida se produce en virtud del artículo 541, puesto que establecido el signo entre las dos fincas por el propietario de ambas, la enajenación de una permite considerar que hay título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, pues nada en contrario dijeron los títulos de enajenación y no se hizo desaparecer el signo antes del otorgamiento de la escritura.

El conocimiento de la existencia de la servidumbre por el adquirente no permite la protección registral que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria proporciona a los adquirentes. (STS de 18 de noviembre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— La empresa Bristol Myers S.A.E. (hoy «Juste S.A.») formuló demanda en la que ejercitaba acción negatoria de servidumbre de paso y, subsidiariamente, acción de modificación de itinerario a lugar donde resulte menos gravoso. Demanda que fue desestimada en segunda instancia por entender la Audiencia que existía el signo externo a que se refiere el art. 541 del C.c., y no se acreditaron los hechos determinantes del derecho a variar el recorrido. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (P.-J. F.L.).

29. Conservación de signo aparente de servidumbre entre dos fincas como título para que la servidumbre continúe activa o pasivamente si se enajena una de las dos fincas (art. 541 C.c.).— La extinción de servidumbre, cuando se enajena una de las fincas, sólo se produce si se expresa así en el título de enajenación o se hace desaparecer el signo aparente. La existencia de puertas de comunicación abiertas por el dueño común de ambas heredades, pueden considerarse signo aparente a los efectos del artículo 541 C.c.

Requisitos para apreciar la renuncia de derechos.— El T.S. alude a una jurisprudencia constante que exige que «la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho...ha de ser además de personal, clara, terminante, inequívoca, sin condicionante alguno...» (STS de 1 de abril de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— Demanda de juicio de menor cuantía interpuesta por el comprador de una finca D. J.A.F en ejercicio de acciones declarativas de dominio, reivindicatoria de propiedad y negatoria de servidumbre, contra los vendedores, hermanos G.A. y Bodegas y Destilerías García S.A.

En Primera Instancia se estima parcialmente la demanda declarándose la extinción de la servidumbre de luces y vistas, pero la permanencia de la servidumbre de paso al mantenerse los signos aparentes de la misma. Esta sentencia es confirmada en todos sus extremos por la Audiencia Provincial de Zaragoza. El actor interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (N.M.I.).

30. Acción de desahucio por precario. En juicio declarativo puede resolverse la cuestión de la existencia o no del precario. La acción no prosperará cuando medie alguna relación que justifique la posesión.— Si bien es verdad que en los procedimientos de desahucio por precario no pueden estudiarse todas las alegaciones que, por implicar complejidad en las relaciones entre las partes, trascienden del carácter sumario que caracteriza a tal procedimiento, alegaciones que deben ser practicadas en un juicio declarativo, en cambio éste resulta siempre ser el vehículo apto para resolver las contiendas, revistan o no complejidad, en las que se alegue la existencia de un precario. Pero para que pudiera prosperar la acción de desahucio por precario, sería necesario que entre las partes no mediase relación alguna que justificase la posesión de la finca por los demandados recurrentes, lo que no sucede, toda vez que los demandados, comuneros de Don M.N.C. en otras propiedades, entraron en la ocupación y explotación de la finca, bien en arrendamiento o por otro ignorado contrato, desde el año 1967.

Confesión extrajudicial. Es un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales.— Si bien es cierto que la confesión judicial hace prueba contra su autor, también lo es que, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.239 de la L.E.C., la confesión extrajudicial se considera como un hecho sujeto a la apreciación de los Tribunales según las reglas establecidas sobre la prueba, es decir, conforme al criterio de la libre valoración de la misma. (STS de 4 de diciembre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Don M.N.C. compró la finca rústica denominada «Santa Ana» a su anterior propietario, en documento privado de 9 de julio de 1962, en su propio nombre y para su exclusiva propiedad, y como es usual, con la facultad de designar a la tercera persona a cuyo nombre había de otorgarse en su momento la oportuna escritura pública de compraventa, acordando también, que, desde esa fecha, ocuparían la finca los sobrinos de Don M.N.C. —comuneros en otras propiedades de éste—, bien en arrendamiento o por otro ignorado contrato. Ante la imposibilidad de cumplir los estipulado, Don M.N.C. renuncio al derecho por el adquirido, autorizando la venta de la finca a favor de Doña O.G.C., otorgándose escritura de compraventa en 28 de marzo de 1967, y siendo el vendedor, titular registral de la finca, el que también inscribió su compra. Doña O.G.C. mantiene el acuerdo sobre la ocupación de la finca, y en fecha 23 de abril de 1973, otorga escritura pública de compraventa a favor de otro comprador, quien igualmente inscribió tal adquisición. Los ocupantes actuales de la finca (sobrinos de Don M.N.C.) promovieron demanda sobre acción reivindicatoria, pretendiendo la nulidad de las escrituras de compra-venta, y, por tanto, de la inscripción que provocaron ambos títulos. Los demandados formularon reconvención, en la cual incluían

acción de desahucio por precario contra los actores. El Juzgado de Primera instancia desestima la demanda, estimando en parte la reconvencción. La Audiencia confirma dicho pronunciamiento. El Tribunal Supremo desestima la casación. (P.-J. F.L.).

31. Interpretación del artículo 2 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento.— El mencionado artículo prohíbe la constitución de hipotecas mobiliarias sobre bienes que estuvieran trabados anteriormente con embargo. El T.S. entiende que el momento en el que se determina si existe o no algún embargo precedente, que impida la constitución de la hipoteca mobiliaria, es el del otorgamiento de la escritura de hipoteca y no el posterior de inscripción de la misma.

Prelación de los créditos preventivamente anotados en el Registro de la Propiedad sobre los bienes anotados y sólo en cuanto a créditos posteriores.— La falta de anotación de embargo impide, frente a la escritura de constitución de hipoteca mobiliaria de fecha anterior que ha sido inscrita, que dicho embargo goce de preferencia al amparo de los artículos 1.923.4 y 1.927.2 C.c. (STS de 29 de marzo de 1993; ha lugar).

HECHOS.— Demanda de Tercería de Mejor Derecho interpuesta por la recurrente en casación. «El Aguila Negra, S.A.», titular de hipoteca mobiliaria sobre bienes de «Dobly, S.A.», contra esta última sociedad y la entidad «El Nuberu, S.A.». En ella se solicita se declare su mejor derecho sobre los bienes embargados por la sociedad «El Nuberu» con preferencia sobre los derechos de esta última.

La escritura de constitución de la hipoteca es de fecha de 19 de enero de 1988 pero no fue inscrita hasta el día 1 de diciembre de 1988. El embargo fue trabado el 1 de junio de 1988 pero no fue inscrito.

La demanda fue desestimada en Primera Instancia y desestimado fue también el recurso de apelación ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Toledo. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso. (N.M.I.).

5. DERECHO DE FAMILIA

32. Reclamación de filiación paterna no matrimonial. Investigación de la paternidad. Pruebas biológicas.— El órgano «*a quo*» valora la negativa injustificada del demandado, ahora recurrente, a someterse a las pruebas biológicas que, en este caso, concurren con otras pruebas y fundamenta la filiación declarada en el hecho acreditado de que el recurrente tuvo acceso carnal con la madre del recurrido, en la prueba testifical practicada que acredita que el recurrido era tenido como del recurrente y, en la negativa real del mismo a someterse a las pruebas biológicas por diversas excusas sobre su estado de salud que, según manifestó el médico forense, nada impedían su realización. En este sentido, la sentencia afirma que «es claro que hay una deducción lógica en favor de la paternidad derivada de aquellos hechos y actuaciones, en otras palabras, existen esos «otros hechos de los que se infiere la filiación de modo análogo», como dice el art. 127 del Código civil».

Carácter personalísimo de la negativa a someterse a las pruebas biológicas.— Ante la alegación del recurrente de que lo dicho por su Procurador en su nombre no le puede vincular a él, amparándose en la cita parcial de la Sentencia de 24 de mayo de 1989 y en el carácter personalísimo que, a la declaración de no querer someterse a las pruebas biológicas, atribuye la citada Sentencia, la Sala declara que al ser única esa sentencia no constituye doctrina jurisprudencial. No obstante, el Tribunal entiende que, «aunque hipotéticamente se admitiesen las afirmaciones del recurrente, no hay duda de que se procuró personalmente buscar excusas para no acudir a las pruebas biológicas. lo que evidencia la actitud obstruccionista que ha mantenido durante todo el proceso. en que por unas pretendidas razones o por otras, jamás ha puesto de relieve que quiso que se manifieste biológicamente la verdad o falsedad de las imputaciones de paternidad que le atribuyó el recurrido. Existe, por tanto, una conducta personal contraria a la práctica de las pruebas, suficientemente reveladora de su actitud al respecto, en la línea con el escrito encabezado por su Procurador, no desautorizado por él en ningún momento». (STS de 18 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Don Vicente García López demanda a Don Justo Caniego López en solicitud de que se declare su filiación extramatrimonial respecto del mismo, con la consiguiente rectificación del asiento registral correspondiente. Fundamenta su solicitud el actor en la Sentencia de 19 de enero de 1956, dictada contra el demandado por la Audiencia Provincial de Cuenca, confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala segunda del 13 de noviembre de 1956.

En tal sentencia se declaraba probado que Don Justo Caniego López tuvo acceso carnal con Doña Prisciliana García López, madre del demandante.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia acogiendo la demanda siendo confirmada por la Audiencia. El demandado interpuso recurso de casación, siendo sucedido, tras su fallecimiento que tuvo lugar durante la tramitación del recurso, por su esposa Doña F.R.C. y por su hija Doña M.^a C.R.P.

NOTA.— La referencia que el texto de la sentencia hace al art. 127 del Código civil, debe entenderse realizada al art. 135 del mismo cuerpo legal. (O.M.B.).

33. Pareja de hecho. Inaplicabilidad del régimen de la sociedad de gananciales. Aplicación de las normas de la sociedad.— Conocida es la doctrina de esta Sala (Sentencias, entre las más recientes, de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992). en el sentido de venir declarando la imposible aplicación a estas uniones *more uxorio* de las normas legales reguladoras de la sociedad de gananciales, pues aun reconociéndose sin limitación el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, y la susceptibilidad de constituir, mediante estas uniones libres o de hecho, una familia perfectamente protegible por la ley, no por eso cabe equipararlas como equivalentes a las uniones matrimoniales, por lo que no pueden ser aplicadas a las primeras las normas reguladoras de esta última institución (*Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de noviembre de 1990*). De ahí que la doctrina jurisprudencia haya tenido que acudir en estos casos a los pactos expresos o tácitos existen-

tes entre los interesados, que patenten la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal; y estos pactos expresos, o los *facta concludentia*, deben inequívocamente evidenciar que fue su voluntad la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la unión de hecho (STS de 18 de febrero de 1993; no ha lugar).

34. Liquidación de la sociedad de gananciales. La aplicación del 1.406 - 2.º tiene como fundamento la unidad económica y de explotación del negocio.— La preferencia ó privilegio que otorga el derecho potestativo del n.º 2 del artículo 1.406, según el cual cada cónyuge tiene derecho a que se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance «la explotación agrícola, comercial ó industrial que hubiera llevado con su trabajo» ha de basarse en «la conservación de la empresa como unidad económica». Así no cabe incluir en dicho apartado, los locales cerrados y en situación de semiahando en la fecha de la partición, en cuanto no integran «una unidad económica y de explotación del negocio».

Carácter facultativo del artículo 1.601.— La jurisprudencia atribuye al artículo 1.601 un carácter facultativo, más bien que imperativo (Sentencias de 8 de febrero de 1974, 25 de junio de 1977 y 21 de junio de 1986, entre otras) «ya que la formación de lotes depende de las circunstancias de cada caso, naturaleza, calidad y valor de los bienes, posibilidad de su división, etc... no pudiendo por consiguiente determinar de manera preceptiva la forma de división, aunque haya de observarse un régimen de posible igualdad».

Error en la apreciación de la prueba.— El motivo que denuncia error en la apreciación de la prueba, amparado procesalmente en el n.º 4 del artículo 1692 de la ley de Enjuiciamiento Civil ha de ser desestimado cuando se cita como documento de apoyo el que constituye el objeto del pleito, examinado por la Sala de Instancia, sin citar ningún otro.

Incongruencia.— Según la doctrina establecida de modo general por el Tribunal Supremo, la incongruencia no se da en las sentencias absolutorias, por entenderse que se resuelven todas las cuestiones suscitadas en el pleito. (STS de 28 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Como consecuencia de demanda de separación interpuesta por Doña R.I.A. contra su cónyuge Don J.E.A., se dictó por el juzgado de Guernica, sentencia de separación matrimonial, en la que se decretó la disolución de la sociedad legal de gananciales, cuya liquidación había de realizarse en ejecución de sentencia. Realizado el cuaderno particional por el contador-partidor, se procedió a la impugnación del mismo por Don J.E.A. alegando la infracción de lo dispuesto en los artículos 1.344, 1.404, 1.406 -2.º y 1.407 y concordantes de Código Civil, pretensión a la que se opuso la demandada R.I.A.. El juzgado estimó parcialmente la demanda y declaró sin efecto el cuaderno particional. La Sala 1.ª de la Audiencia Provincial de Bilbao, revocó la Sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. (I.H.M.).

35. Tercería de dominio.— Es doctrina reiterada de esta Sala la de que el objeto primordial de toda tercería de dominio es liberar del embargo bienes o derechos indebidamente trabados, excluyéndolos de la vía de apremio, por lo que la cuestión primera que debe quedar clarificada —antes incluso que la relativa a la titularidad del bien o derecho— es la atinente a determinar si el de-

mandante de tercería es propiamente tercero, es decir, no es deudor en la relación jurídica determinante del embargo.

Atribución de un bien con carácter exclusivo a uno de los esposos.— No se puede otorgar eficacia alguna a la reserva que, mediante escritura pública y con carácter exclusivo, se haga uno de los cónyuges respecto de un bien ganancial, puesto que la adjudicación del mismo a uno sólo de los cónyuges requiere la previa liquidación de la sociedad de gananciales. (STS de 13 de abril de 1993; no ha lugar).

HECHOS.— La demandante de tercería de dominio pretendía que se cancelase el embargo trabado sobre un derecho de usufructo del que supuestamente era titular con carácter exclusivo, no obstante constar su titularidad ganancial en el Registro, y habiendo además dispuesto del mismo en una compraventa a tercero. El Alto Tribunal no hace sino confirmar la sentencia dictada en apelación —y antes en primera instancia— principalmente por ser la demandante codeudora en la relación jurídica que originó el embargo. (R.S.A.).

6. DERECHO DE SUCESIONES

36. Aplicación del derecho de representación sucesoria.— El mecanismo representativo regulado en los artículos 924 y ss. del C.^o Civil acoge un criterio falto de equidad, al impedir que en los casos de repudiación del primer llamado puedan suceder sus hijos o stirpe en la herencia de su ascendiente, ya que solo se admite dicho mecanismo para que los parientes de una persona puedan sucederle en los derechos que esta tuviese en la herencia de su ascendiente si viviese o hubiese podido heredar, mas no en el supuesto de repudiación, sobre la base de que en este caso la persona en cuestión no ha querido suceder. Por otra parte este mecanismo sólo opera en nuestro derecho en la sucesión intestada.

Sustitución hereditaria simple: interpretación de cláusula testamentaria.— La cláusula testamentaria por la que un hipotético causante instituya herederos respecto de sus bienes, derechos y acciones «a todos sus hijos a partes iguales sustituidos por sus descendientes legítimos si a ello hubiese lugar» debe ser interpretada en el sentido de que establece una sustitución simple o vulgar de las reguladas en el artículo 774 del Código civil, tanto por la mención de la voz «sustitución» como por la no especificación de los casos en que debe darse lugar a la misma.

Prescripción de la acción de petición de herencia.— Una acción de petición de herencia o declaración de heredero es una acción «*per se*» de carácter universal cuyo contenido no sólo se integra por el ejercicio de derechos personales sino también de derechos reales (art. 659 C.^o civil), en virtud de lo cual ha de subsumirse a efectos de la prescripción en la normativa contenida en los artículos 1962 y 1963 del C.^o civil, es decir, su plazo prescriptivo será de treinta años al no poderse excluir de antemano la existencia en el patrimonio relicto de derechos sobre bienes inmuebles.

Extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (art. 178.1 C.^o civil).— La cualidad hereditaria de una persona sobre la herencia de su abuelo, proveniente de la repudiación efectuada por su padre

en combinación con una cláusula testamentaria de sustitución vulgar, no queda afectada por el hecho de que con carácter posterior (es decir, tras el otorgamiento testamentario, muerte del causante y repudiación del heredero en cuestión) aquella persona sea adoptada. Todo ello al margen de que su padre biológico o por naturaleza continúe vivo, puesto que su cualidad hereditaria no procederá de la relación de parentesco con éste, y al margen también de que la adopción se hubiese llevado a cabo conforme a la anterior Ley, de 4 de julio de 1970, y deba luego registrarse por la actual (Ley 21/87 de 11 de noviembre), en la que se prevén los efectos jurídicos del 178.1 C.º civil, ya que la retroactividad de las leyes de adopción no significa que éstas extiendan sus efectos a la época en que la persona no había sido todavía adoptada.

Cesión de derechos hereditarios con posterioridad a la repudiación.— La repudiación de una herencia origina consecuencias irrevocables según lo dispuesto en el artículo 997 C.º civil, de manera que cualquier intento posterior de cesión de sus derechos hereditarios por parte del repudiante dará lugar a un acto jurídico inexistente por falta de consentimiento de quien legalmente podía prestarlo.

Litispendencia.— No procede apreciar la excepción de litispendencia (art. 533.5.º de la L.E.C.) —cuyo objeto es tutelar y prevenir la cosa juzgada— simplemente porque se produzca una coincidencia entre las partes del proceso presente y las de otro todavía abierto, siempre que se constate que la causa de pedir es diferente en uno y otro caso. (STS de 27 de noviembre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— El demandante había solicitado en primera instancia que se le declarase heredero de su abuelo —en virtud de una cláusula de sustitución vulgar insertada en el testamento de éste— en lugar de su padre por naturaleza (con posterioridad el actor sería adoptado por su tío abuelo), el cual había repudiado sus derechos hereditarios. Asimismo pedía que se declarase nulo un acto ulterior de cesión de sus derechos hereditarios efectuado por el repudiante sin su consentimiento, así como diversos actos de enajenación y disposición que siguieron a aquél.

No habiéndose entrado a conocer del fondo del asunto en primera instancia por acogerse la excepción de litispendencia, en apelación se acogieron básicamente las pretensiones esgrimidas por el actor. Contra esta sentencia, que finalmente devino firme, se elevaron sendos recursos de casación por parte de actor y demandados, los cuales fueron totalmente desestimados (R.S.A.).

37. Partición hereditaria: Rescisión por lesión.— Como había venido reiterando con anterioridad el Tribunal Supremo, las operaciones particionales, una vez concluidas por convenio de los herederos ó aprobación judicial, son rescindibles en el supuesto de lesión en más de la cuarta parte, como resulta de lo dispuesto en el artículo 1.074 del Código Civil, salvo en los supuestos previstos en los artículos 1.075 y 1.078 del propio código. Afirmar la no rescindibilidad del cuaderno particional presentado por el contador-partidor designado de común acuerdo por los coherederos, por efecto de la inatacabilidad del contrato celebrado, olvida no solo el texto genérico del artículo 1.290 del Código Civil, según el cual, los contratos válidamente celebrados podrán rescindirse en los casos establecidos por la ley, sino también lo espe-

cíficamente dispuesto en el artículo 1.074 del mismo texto legal (STS 18 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— La sentencia dictada por la Audiencia de Valladolid que, al confirmar la apelada procedente del juzgado de 1.^a instancia de León, declaró la rescisión por lesión del cuaderno particional aprobado en el correspondiente juicio de testamentación, es impugnada por la demandada argumentando entre otros motivos que no vienen al caso, que la naturaleza contractual que concurre en la partición llevada a cabo la hace obligatoria para los interesados coherederos. (*I.H.M.*).

38. Liquidación de la sociedad de gananciales.— Hay que entender incluidos en el activo de la sociedad de gananciales los valores actualizados de los bienes privativos enajenados para cubrir atenciones de la sociedad conyugal.

Legitimación para solicitar la nulidad por inoficiosidad de las donaciones.— La legitimación la tienen los legitimarios pero desde el momento en que lo son, esto es, a la muerte del causante. En vida del *de cuius* no pueden los hijos impugnar ni solicitar reducción de las donaciones realizadas por su causante. (STS de 30 de marzo de 1993; ha lugar).

HECHOS.— Don L.M. y Don A.M.S.O., actuando por sí y en interés de la comunidad hereditaria que forman con su hermano Don M.F.S.O., demandaron por los trámites del juicio de menor cuantía a su padre Don M.S., casado en primeras nupcias con Doña M.T.O.G., y, a la muerte de ésta, con Doña M.L.B.D., también demandada. Solicitaban que se declarase la nulidad de la liquidación de sociedad de gananciales de sus padres así como de la partición de herencia de su madre, en las que habían sido representados por defensor judicial. Aducían para lograr tal pretensión que no se habían reintegrado los bienes propios de la causante consumidos en atenciones de la sociedad de gananciales. Además, no se habían incluido en el inventario unos bienes que tenían la condición de gananciales por haberse adquirido después del matrimonio mediante documento privado y que, fallecida su madre, se habían escriturado a nombre de su padre. A la vista de todos estos hechos, solicitaban la declaración de la nulidad de la escritura en la que se protocolizaron la liquidación de la sociedad de gananciales y la partición hereditaria. Subsidiariamente, pedían que se obligase a su padre a realizar una partición adicional, así como la declaración de reservables de los bienes heredados por D.M.S. de su primera esposa; y que se declarase que las transmisiones por la vía de la venta que directa o indirectamente había realizado su padre en favor de su segunda esposa, encubrían donaciones inoficiosas sujetas a reducción. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda declarando que la escritura debía ser complementada con determinados bienes que tenían la condición de gananciales y no de privativos, la nulidad de las transmisiones «en el supuesto de no estar en el patrimonio del demandado, salvo que estén en poder de terceros» (sic), y la obligación de reservar bienes inmuebles que se le asig-

naron en pago del tercio de libre disposición así como los que se adicionaron posteriormente. La sentencia fue apelada por actores y demandados. La Audiencia estimó parcialmente el recurso de los demandados confirmando exclusivamente la declaración de reservas pero revocando la de la instancia en cuanto a la adición y complemento de la partición. Contra la sentencia de la Audiencia interpusieron los actores recurso de casación. (N.M.I.).

39. Colación de bienes: materia colacionable.— El art. 1.035 del C.c., al referirse a la materia colacionable, menciona dos conceptos específicos (dote y donación) y uno genérico con la expresión «u otro título gratuito». El órgano «a quo» se remite a la Sentencia de 3 de junio de 1965 que en un minucioso estudio de la colación y sus caracteres o requisitos, establece que «en el concepto de donación habrá de comprenderse tanto las que se llaman «propias», incluidas en el artículo 618 del C.c., como las «impropias» que suponen enriquecimiento del beneficiado por ellas sin efectiva y simultánea transmisión de bienes, en cambio cuando la ley habla, con carácter general de otro título gratuito, ha de entenderse que el mismo ha de reunir los requisitos de ser derivativo y dimanante del de cuius, con lo que se excluyen los que no reúnan tales caracteres siendo ajeno por tanto, a la materia colacionable cuanto no sea lucro que procede de la voluntad del causante. Bien tenga por causa una obligación incumplida cualquiera, apropiación unilateral, rendición de cuentas, anticipos reintegrables o cualquier otro débito, convencional o legal, ajeno al motivo específico a que se refiere el art. 1.035 del C.c.».

Comunidad de bienes. Interpretación de la remisión del artículo 406 del Código civil.— De acuerdo al art. 406 del C.c., «serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia», remisión, que según la sentencia declara, «ha de entenderse hecha no sólo a las normas relativas a las operaciones patrimoniales de la división, sino a los principios informadores de la misma, siendo los preceptos aplicables en virtud de esta remisión de los contenidos en los artículos 1.051 a 1.081 del Código civil».

Enriquecimiento sin causa. Existencia. Descripción.— La Sala, ante el supuesto de posesión de una finca por uno sólo de sus copropietarios, haciendo suyos los frutos y productos de la misma establece que «el poseedor viene obligado a rendir cuentas de esa administración y a entregar a su comunero la mitad de los beneficios líquidos obtenidos durante el período que duró la indivisión, de conformidad con el art. 393 del C.c., ya que en otro caso se produciría un enriquecimiento sin causa, (...), sin que pueda entenderse que se ha producido la prescripción de la acción así ejercitada, ya que no resulta aplicable al caso el art. 1.966.2 del C.c. pues no se trata de una reclamación de la renta arrendaticia aunque para acudir a la fijación del montante de la deuda se acuda a ese criterio determinativo».

Honorarios de Abogado y Procurador. Reclamación. Relación de parentesco.— «Calificada la relación contractual que se establece entre el Abogado y su cliente de arrendamiento de servicios, ha de tenerse en cuenta que para que tal contrato surja, de acuerdo con el art. 1.544 del C.c. es necesario que la prestación del servicio tenga como contraprestación un precio cierto que ha de satisfacer el comitente, por lo que la asunción de la defensa de parientes dentro de los límites que establece el art. 20 del Estatuto General de la Abogacía por quien tiene el título de licenciado en derecho y es habilitado

para ello, carece de onerosidad esencial del contrato de arrendamientos de servicios, lo que impide otorgar a esa relación tal carácter en la que se conde- ne en costas a la otra parte litigante».

En cuanto a la reclamación de derechos devengados por la actuación como procurador, se afirma que «es clara también la naturaleza gratuita del mandato debido a esa relación de parentesco existente entre las partes, si bien el actor debe ser reembolsado de aquellas cantidades que en concepto de su- plidos haya realizado». (STS de 25 de mayo de 1992; ha lugar).

HECHOS.— Se formula demanda, en juicio declarativo ordinario sobre reclamación de cantidad y otros extremos. El Juzgado de Pri- mera Instancia dictó sentencia desestimatoria de la demanda. En grado de apelación dictó sentencia estimando en parte la demanda. El Tribunal Supremo casa y anula la sentencia de la Audiencia, re- voca la del Juzgado y dicta otra estimando parcialmente la deman- da. (O.M.B.).

II. DERECHO MERCANTIL

40. Seguro de responsabilidad civil derivada del automóvil. Diferen- cia entre seguro voluntario y seguro obligatorio. Excepción de cosa juz- gada.— Basándose en la doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS, entre otras, de 8 de mayo y 23 de octubre de 1980), así como de la Sala segunda de este Tribunal (SSTS, entre otras, de 8 de marzo y 28 de junio de 1987), la sen- tencia declara que «no pueden confundirse ni fusionarse un seguro con el otro...., puesto que uno tiene carácter legal y trata de solventar una responsabi- lidad objetiva atenuada, mientras el otro deriva de la voluntad contractual con libertad de pactos».

Excepción de cosa juzgada. Inexistencia: diversidad de personas y de causas de pedir.— Partiendo de la diferencia anteriormente expuesta, se afir- ma en la sentencia que nos encontramos en este caso ante dos causas de pedir distintas, lo cual impide apreciar la identidad de causas que se exige para apreciar la referida excepción, añadiendo que «es evidente que los pronuncia- mientos de la sentencia aquí impugnada, no han renovado o actuado pretensiones ya resueltas, al decidir sobre el seguro voluntario antes no contemplado ni inter- pretado, por lo que en modo alguno contradice el contenido de la Sentencia firme anterior, que expresamente declaró que nada resolvía sobre el seguro voluntario; doctrina seguida por la Sentencia de esta Sala, de 21 de julio de 1988; ni puede, por otra parte, estimarse que la resolución anterior, únicamen- te versante sobre el seguro obligatorio, pueda comportar, distorsión que afecte a la esencia íntima del seguro voluntario, según doctrina que inspira la Sen- tencia de 4 de mayo de 1989».

La sentencia, a su vez, declara que la identidad absoluta de personas que, para apreciar la referida excepción exige el artículo 1.252 del Código civil, se ve igualmente alterada por la circunstancia de que actuaron como demandan- tes no sólo la esposa del fallecido en el accidente sino también sus tres hijos, los cuales no intervinieron en el pleito anterior. (STS de 12 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— A causa del fallecimiento en accidente de circulación de Don S.C.G. su esposa e hijos reclaman la indemnización basada en contrato de seguro voluntario concertado por el causante del accidente, Don I.C.G., fallecido en el mismo, con la Compañía de Seguros DAPA S.A. tras haber ejercitado la primera en proceso anterior acción fundada en el seguro obligatorio de responsabilidad civil. (A.G.B.).

41. Transporte marítimo. Responsabilidad del capitán del buque.—

Es posible demandar sólo al capitán exigiendo la responsabilidad por los daños producidos al cargamento durante el viaje, con alcance que externamente reviste la naturaleza solidaria, aunque internamente las relaciones de reparto o distribución de la responsabilidad resultante y las acciones de repetición que correspondan se rigan por criterios diferenciados (solidaridad impropia) y, sin que ello sea óbice, para que si, no obstante, se acredite que los daños y perjuicios se produjeron sólo por falta náutica (de cuya responsabilidad queda exento el porteador: art. 8 a) LTM. 1949) se condene a éste sin hacer extensiva la responsabilidad al porteador.

Defecto litisconsorcial.— En el Derecho actual, según proclaman sentencias de esta Sala, el defecto litisconsorcial puede ser corregido, mediante el emplazamiento de los que debieron ser demandados, a cuyo efecto, puede utilizarse la comparecencia obligatoria del art. 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de donde se deduce que su apreciación tardía no puede llevar a una mera absolución de la instancia, sino a una reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno, es decir, al acto de la referida comparecencia al efecto de la correspondiente subsanación.

Exceptio plurium consortium.— Resulta, además, sumamente dudoso, que, a la vista de los arts. 238 a 240 de la ley Orgánica del Poder Judicial, conforme a una interpretación concorde con el espíritu del art. 24 de la Constitución, que se pueda, en segunda instancia, introducir de oficio la *exceptio plurium consortium*, sin dar oportunidad a las partes de que expongan lo conveniente a su derecho, por lo que parece sumamente razonable, en supuestos de esta naturaleza, poner la posible causa, a revelar de oficio, de manifiesto a las partes, con suspensión del plazo para dictar sentencia, ofreciéndoles por plazo breve, audiencia para defenderse (STS de 14 de mayo de 1992; ha lugar).

HECHOS.— La demanda origen de estas actuaciones se dirigió contra el capitán del buque de bandera hondureña Malu, para que fuera condenado al pago de determinada suma, importe de los daños causados a la entidad actora, y hoy recurrente, en el transporte de pescado congelado desde Abidjan a Villagarcía de Arosa, como consecuencia del modo negligente y culposo de realizar el contrato de transporte por mar por parte del demandado. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia apreció la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Prospera el recurso de casación. (A.C.S.).

42. Contrato de cuentas en participación.— La situación jurídica no es constitutiva de un contrato de cuentas en participación, como sostiene y defiende el recurrente, sino la de una efectiva sociedad irregular de naturaleza

más bien mercantil, toda vez que el ánimo de asociarse y su realidad comercial se presenta proyectado sobre un negocio lucrativo abierto al público, conforme a los artículos 1.665 y 1.670 del Código Civil y 116 y 117 del Código de Comercio, rigiéndose los socios por sus pactos contractuales, siempre que reúnan los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil y en cuanto sean compatibles con la normativa del Código de comercio, así como la correspondiente del Código Civil (Sentencias de 24-3-1952, 20-5-1982, 21-6-1983, 20-2-1988, 3-4, 6 y 8-11-1991). (...) El pretendido contrato de cuentas en participación no ha tenido lugar ni es aplicable la institución a la situación que se enjuicia, pues aquel convenio se apoya en la existencia real de un propietario-gestor que recibe aportaciones de capital ajenas y las hace suyas para dedicarlas al negocio en que se interesan dichos terceros, los que no tienen intervención alguna en el mismo, salvo las derivadas del lucro que pretenden obtener con la contribución de capital que efectúan. En todo caso se precisa la no concurrencia de un patrimonio común independiente del privativo del titular y del de los interesados. (STS de 4 de diciembre de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— El recurrente en casación juntamente con los demandados, su cuñado y el tío de ambos, acordaron verbalmente asociarse para proceder con ánimo de lucro a la explotación de una gasolinera, concediendo al primero la titularidad del negocio frente a CAMPSA. Posteriormente decidieron formalizar el acuerdo mediante documento privado en el que pactaron la constitución de una efectiva sociedad irregular por iguales terceras partes, proporción en la que habrían de acceder al reparto de beneficios. El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación. (A.R.M.).

43. Contrato de descuento como contrato complejo y atípico.— El contrato de descuento no es asimilable ni al préstamo mutuo ni a la compraventa de créditos.

Legitimación de la Entidad Descontante.— Está facultada para ejercitar la acción cambiaria ejecutiva u ordinaria declarativa o la de reembolso en vía de regreso, pero no está obligada a entablar acción ejecutiva una vez que se produzca el impago.

Enriquecimiento injusto.— Para apreciar el enriquecimiento injusto es necesario que concurren los siguientes requisitos: enriquecimiento de una parte, correlativo empobrecimiento de la otra como consecuencia del enriquecimiento de la anterior e inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de este principio al caso concreto. (STS 25 de marzo 1993; no ha lugar).

HECHOS.— La actora, Mapfre Finanzas de Guipúzcoa, Entidad de Financiación S.A. interpone juicio declarativo de menor cuantía contra D. Angel O.H. y su esposa doña M.^a Luisa I.I., en reclamación de cantidad por el importe total de unas letras cambiales más gastos de protesto e intereses de demora.

La reclamación de cantidad es resultante del adeudo de dichas cambiales en las que figuraba el demandado como tomador a la orden. Estas letras habían sido objeto de contrato de descuento suscrito por el

demandado y Mapfre Finanzas de Guipúzcoa, Entidad de Financiación: siendo ésta última, la entidad descontante.

Llegada la fecha de vencimiento, las letras no fueron pagadas y la Entidad descontante interpone demanda contra el tomador a la orden. El Juzgado de Primera Instancia condena a los demandados. Contra dicha sentencia, los demandados interponen recurso de apelación que fue estimado parcialmente. Don Angel H.O. interpone recurso de casación contra la sentencia de apelación. (N.M.I.).

44. Determinación de la semejanza en la denominación en materia de marcas (de acuerdo con la regulación del Estatuto de la Propiedad Industrial).— Al no establecer la Ley reglas precisas en orden a la determinación de las denominaciones semejantes, en materia de marcas, ha de ser el Tribunal el que fije en cada caso su criterio mediante el estudio analítico y comparativo en la instancia. Entre los criterios complementarios fijados jurisprudencialmente ocupa lugar preferente el que propugna una visión de conjunto sintética de la totalidad de los elementos integrantes de cada marca confrontada, sin descomponer su unidad fonética y gráfica, atendiendo a la impresión que normalmente ha de producir la denominación en el público consumidor.

Protección de los consumidores y usuarios a través del «ius prohibendi» conferido al titular de una marca.— El titular de una marca registrada posee un derecho subjetivo de exclusiva utilización de su marca, lo cual le faculta en un sentido negativo para prohibir que los terceros usen de un signo igual o semejante al suyo para distinguir productos o servicios idénticos o similares. Pero lo que en definitiva persigue ese «ius prohibendi» es eliminar el riesgo de confusión de los consumidores y usuarios, con lo cual se atiende no sólo al interés del titular de la marca sino además al interés más general de los consumidores destinatarios finales, al no ser engañados ni inducidos a error en el mercado. (STS de 14 de abril de 1993; ha lugar).

HECHOS.— La sentencia del Tribunal Supremo casa y anula la otorgada en apelación, que desestimaba la demanda interpuesta y absolvía totalmente a la demandada, y al mismo tiempo confirma en todo la sentencia dictada en primera instancia a favor de la parte actora. Esta era una entidad mercantil que había venido publicando una revista sobre temas de caza con el mismo título de una marca registrada a su favor («CAZA Y SAFARIS»), y que solicitaba se decretase la violación de su derecho exclusivo sobre dicha denominación a cargo de la demandada, la cual había introducido junto al título («TIRADORES») de una publicación similar, la expresión «CAZSAFARI».

NOTA.— La sentencia que nos ocupa enjuicia unos hechos ocurridos con antelación a la promulgación de la actual Ley 32/1988 de Marcas, de 10 de noviembre, cuya entrada en vigor se produjo —a tenor de su Disposición Final 1.^a— a los seis meses de su publicación en el BOE (n.º 272, de 12 de noviembre). Por eso puede verter una afirmación (la de que la Ley no establece criterios precisos para la determinación de la semejanza entre denominaciones) que no es correcta formular tras la aprobación de la mencionada Ley. En efecto, en su artículo 12.1 se establece, siguiendo un razonamiento por lo demás bas-

tante parejo al de la sentencia reseñada, que «no podrán registrarse como marcas los signos o medios que por su identidad o semejanza fonética, gráfica o conceptual con una marca anteriormente solicitada o registrada para designar productos o servicios idénticos o similares puedan inducir a confusión en el mercado o generar un riesgo de asociación con la marca anterior». (R.S.A.).

45. Nombres comerciales. Identidad o semejanza. Coincidencia de términos o actividad.— *Identidad* equivale a igualdad o coincidencia plena determinada por recíproca exactitud, y no existe cuando puede observarse una patente diferenciación y eficacia individualizadora que aleja toda situación de absoluta igualación o de enmascaramiento.

La *semejanza* se presenta como concepto jurídico indeterminado, que ha de ser apreciada desde las ópticas fonológicas, gráficas o conceptuales y pautas generales de comportamientos colectivos, usos sociales y comerciales que puedan precisar la concurrencia o no de analogías denominativas entre los nombres comerciales enfrentados, lo que conlleva la necesaria operación jurídica de análisis comparativo de los mismos, a efectos de determinar la concurrencia de su compatibilidad en el mercado de servicios donde las partes despliegan su actividad mercantil, y con la finalidad de evitar el precepto prohibitivo (Sentencias de 19-4-1985, 2-6-1986 y 20-11-1991).

Desde el punto de vista conceptual y semántico, el significado de los vocablos integrantes de los nombres comerciales contendientes refuerza la conclusión de la disparidad que representan en su perspectiva estructural, de significación y de conocimiento por el público, pues la simple *coincidencia parcial e inicial de los términos* no ha de ser estimada necesariamente como generadora de situaciones de semejanza, cuando los vocablos añadidos a los coincidentes están dotados de la suficiente carga semántica y eficacia particularizadora para producir una adecuada identificación de dicha empresa, suficiente y apta para evitar inducir a error a los clientes y confusión en el mercado, sin merma ni afección negativa para la marca prioritaria o inscrita (Sentencia de 3 de junio de 1991, que cita las de 9-5-1983, 30-4-1986, 23-10-1987, 16-12-1989 y 2-4-1990).

El hecho de darse sólo *coincidencia respecto a la actividad comercial*, no es decisivo ni tiene operatividad absoluta, al no desarrollarse por la demandada actividades prohibitivas constatadas e ilegales, las que, por otra parte, tienen lugar en áreas geográficas distintas y muy alejadas, sin que se hubiera probado coincidencia alguna transcendental en sus funciones, con repercusión lesiva en los intereses comerciales y económicos de la sociedad demandante.

Identificación de establecimientos. Rótulos publicitarios.— Las empresas que concurren a los diversos mercados se identifican aspirando en cierto modo obtener blindaje de protección legal, entre otras formas, mediante los rótulos que afectan a los establecimientos y locales que sirven de sede para sus respectivas funciones mercantiles.

Su protección registral exige la oportuna inscripción y está orientada a evitar la competencia dentro de un mismo término municipal; y no es suficiente la sola inscripción registral de nombre comercial para proyectarla con efectos prohibitivos a toda clase de rótulos que puedan usar establecimientos y negocios comerciales ajenos, máxime si no se dá incompatibilidad de nom-

bres comerciales y menos concurrencia localizada e intencionalidad lesiva acreditada por el efectivo aprovechamiento indebido de las ventajas de la reputación comercial que pueda gozar la parte recurrente (Sentencia de 29-11-1991). (STS de 22 de marzo de 1993; ha lugar).

HECHOS.— La entidad «V.A., S.A.» formuló demanda sobre propiedad industrial contra «V.A.C., S.A.», por confusión de nombres comerciales y rótulos, suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que se condene a la demandada a cesar en el uso de su denominación social y cambiar el nombre comercial de su actividad empresarial por otro que no sea semejante ni confundible con el de la actora, a indemnizar a la demandante los daños y perjuicios ocasionados con el uso indebido de la denominación, a la retirada de los rótulos publicitarios y demás documentos y enseres que contengan el término comercial impugnado, así como a la publicación de la sentencia mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación. Interpuesto recurso de casación por ambas partes, no prospera para la demandante y el Tribunal Supremo, en favor de la demandada, declara haber lugar, casando y anulando la resolución dictada en apelación y confirmando la sentencia desestimatoria total dictada en Primera Instancia. (R.D.R.).

III. DERECHO PROCESAL

46. Recurso de Casación: Normas generales. Valor referencial de las sentencias dictadas por otras Salas del Tribunal Supremo.— El alegato estricto y en solitario de un precepto administrativo, según la Sala sentenciadora, no puede hacer prosperar el recurso planteado, pues «las normas de tal naturaleza no son invocables para fundar en ellas la casación civil». Sobre esta base la sentencia recoge la doctrina jurisprudencial más relevante sobre esta materia (Sentencias de 5 de abril de 1972, 16 de marzo de 1987, 7 de enero de 1988, 10 de julio de 1991 y 19 de julio de 1991).

No obstante lo anteriormente expuesto, el órgano «*a quo*» interpreta el aspecto genérico y amplio que contiene el núm. 5 del artículo 1692 de la L.E.C., en cuanto se refiere a infracción de normas del ordenamiento jurídico y que la Exposición de Motivos de la Ley 34/84 de 6 de agosto, configura de manera coherente con el texto constitucional, en relación no solo a la ley, sino también a la costumbre, principios generales del Derecho y Jurisprudencia. En este sentido, la Sala declara que las sentencias contencioso-administrativas que el motivo también cita y reseña, no afectan a derechos de estricta naturaleza civil y no constituyen propia jurisprudencia para amparar la argumentación casacional.

«Las referidas resoluciones corresponden a la potestad jurisdiccional de los Tribunales Ordinarios, dentro de los cuatro órdenes que establece la Ley Orgánica del Poder Judicial (artículos 8 y 24 y normativa concordante) y por ello no suponen total desconocimiento de las sentencias de otras Salas de este Tribunal Supremo y carentes de todo valor, ya que lo tienen efectivamente referencial. Las aportadas no son decisivas y directamente contradictorias del

supuesto de autos, que debe ser enjuiciado desde la óptica civil, en cuanto se refiere a los derechos de los recurridos como asociados y con la incidencia aplicativa de la institución de la renuncia que contiene el artículo 6 del Código civil, ya que el Consejo Rector de la Cooperativa era el órgano competente y no el instructor de expediente, para decretar su expulsión, sin que ejercitara tal función y potestad». (STS de 25 de mayo de 1992; no ha lugar).

HECHOS.— Los recurridos, ostentando la condición de socios fundadores de la Sociedad Cooperativa El Calar de la Puebla, fueron sometidos a expediente disciplinario, iniciado el 25 de octubre de 1983, en razón de haberse negado a firmar unos préstamos que la Cooperativa anteriormente había solicitado. Como consecuencia de ello se les notificó a los interesados la sanción de expulsión hasta que fueran evaluados los daños y perjuicios ocasionados por su oposición a la firma de dichos préstamos y avales, que fue decretada por el instructor del expediente, que dió cuenta al Consejo Rector el 5 de noviembre de 1984, poniéndose en conocimiento de la Asamblea General el 31 de diciembre de 1984. Los ahora recurridos postularon el reintegro de su condición de socios de pleno derecho a la Cooperativa, con el derecho a trabajar en la misma y otras peticiones complementarias que fueron acogidas parcialmente en la Sentencia de la instancia, confirmándose en apelación. La entidad El Calar de la Puebla interpuso recurso de casación contra esta sentencia, con apoyo en el siguiente motivo único: conforme al núm. 5 del artículo 1692 de la L.E.C. por infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha interpretado el artículo 61 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no prosperando el recurso. (A.G.B.).