

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE,
ISABEL MORATILLA GALÁN y M.^a DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

RECURSO DE APELACIÓN: NO PUEDEN RESOLVERSE PROBLEMAS DISTINTOS A LOS PLANTEADOS EN PRIMERA INSTANCIA. (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El recurso de apelación en nuestro ordenamiento jurídico, aunque permita al Tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a aquél a resolver cuestiones o problemas distintos a los planteados en primera instancia, dado que a ello se opone el principio general del derecho: *pendente appellatione, nihil innovetur*.

No pudiendo nunca olvidarse que el concepto de pretensiones nuevas comprende tanto a las que resulten totalmente independientes a las planteadas ante el Tribunal *a quo*, como a las que suponen cualquier modo de alteración o complementación de las mismas. En resumen, que en todo caso, una posición contraria atacaría al principio procesal de prohibición de la *mutatio libelli*.

COMPETENCIA DESLEAL: LA PERTURBACIÓN DEBE SUBSISTIR EN EL MOMENTO EN QUE SE EJERCITA LA ACCIÓN. (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

Hechos.—El «Corte Inglés» es demandado por competencia desleal por realizar durante una semana un descuento del 10 por 100 en el precio de los libros. El Tribunal Supremo desestima la demanda.

Doctrina de la Sentencia.—La Ley 3/1991 comprende en su artículo 18 un amplio catálogo de acciones que pueden ser ejercitadas contra el autor de un acto de competencia desleal. La primera de ellas, regulada en el artículo 18.1.º,

pretende que se declare la deslealtad del acto en cuestión, si bien su ejercicio está legalmente condicionado a que persista, en el momento en que se ejercite la acción, la perturbación creada por el acto de competencia desleal. Consecuentemente, sólo cabe el válido ejercicio de esta acción cuando al ejercitarse continúen los efectos perturbadores provocados por el acto desleal.

Es posible, desde luego, que en el momento de ejercitarse la acción declarativa haya cesado el acto desleal, pero que subsistan, sin embargo, sus efectos desleales o anticompetitivos, en cuyo caso subsiste también en ese momento su perturbación. Lo que no cabe es ejercitar esta acción contra un acto desleal cuyos efectos desleales hayan cesado en el momento de interponerse la demanda. Frente a los efectos producidos (no que se estén produciendo) por el acto, sólo cabe la «acción de remoción de los efectos producidos por el acto».

VENTA A CUERPO CIERTO: EL VENDEDOR DEBE ENTREGAR TODO LO QUE SE COMPRENDA DENTRO DE LOS LINDEROS. ES INEXCUSABLE EL ERROR CUANDO PUEDE EVITARSE CON UNA DILIGENCIA NORMAL. (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El Código Civil dedica los artículos 1.469 a 1.472 a fijar la cantidad de la cosa enajenada. La extensión del deber de su entrega a cargo del vendedor resulta, por regla general, de lo que conste en la correspondiente relación contractual. Tratándose en este caso de una venta a cuerpo cierto, en la que además de expresarse los linderos, se consignó la cabida, el vendedor está obligado a poner a disposición del comprador todo lo que se comprenda dentro de los linderos establecidos y, en otro caso, se le otorga al adquirente la opción de anulación del contrato u obtener rebaja proporcional del precio.

Sucede que se produjo con anterioridad a la compraventa del pleito, la cesión de 2.661 metros cuadrados a favor del Ayuntamiento, con destino a zonas verdes.

La base fáctica demostrada viene integrada con la inscripción y constancia en el Registro de la cesión al Ayuntamiento, muchos años antes de efectuarse la venta.

El error no puede confundirse con la falta de diligencia negocial requerida en cada supuesto y que aquí hay que referir a una posible consulta deficiente o no lo bastante atenta y precisa al Registro de la Propiedad.

Resulta inexcusable el error cuando pudo ser evitado, empleando una diligencia normal, por lo que si aparece acreditado un actuar negligente o incorrecto, como aquí sucede en la consulta del Registro, impide la alegación de error.

CONTRATO DE CORRETAJE: EL MEDIADOR DEBE INFORMAR AL CLIENTE DE LA IMPOSIBILIDAD DE CELEBRARSE LA COMPRAVENTA POR UN PRECIO SUPERIOR AL PERMITIDO POR LA LEY. (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El contrato de mediación o corretaje es un contrato atípico en nuestro derecho, que aunque tenga similitud o analogía con el

de comisión, con el de mandato o incluso con el de prestación de servicios, sin embargo nunca responderá a una combinación formada con los elementos de dichas figuras contractuales típicas. Pero a pesar de ello, su enorme práctica comercial y la importancia que ha adquirido en dicha área, hace preciso que se fijen las normas por las que se ha de regir su nacimiento, desarrollo y producción de efectos. Para ello habrá que recurrir a lo pactado por las partes, después a las normas generales de las obligaciones y contratos comprendidos en los Títulos I y II del Libro Cuarto del Código Civil, más tarde a los usos comerciales y normas complementarias, así como a la jurisprudencia.

Se puede afirmar que en el contrato de mediación o corretaje, el mediador ha de limitarse en principio a poner en relación a los futuros comprador y vendedor de un objeto determinado, pero en todo caso tal actividad ha de desplegarse en lograr el cumplimiento del contrato final, y así se entiende por la moderna doctrina en cuanto en ella se afirma que la relación jurídica entre el cliente y el mediador no surge exclusivamente de un negocio contractual de mediación, pues las obligaciones y derechos exigen además el hecho de que el intermediario hubiera contribuido eficazmente a que las partes concluyeran el negocio.

El corredor, para cumplir los encargos encomendados, debe mantener informado al cliente de todos los detalles que pudieran influir sobre la valoración y consecuencia del negocio, obligación esta propia de los contratos de comisión y de mandato, y perfectamente asumible dentro del contenido del contrato de corretaje.

El corredor tenía que haber realizado la información al cliente sobre la imposibilidad de celebrarse la compraventa por un precio superior al permitido por ley, al tratarse el objeto concreto de la futura compraventa de una vivienda construida al amparo de una protección oficial y con precio tasado e inalterable.

CONTRATOS COLIGADOS: TIENEN CARÁCTER ONEROSO. (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Los denominados por la doctrina contratos coligados son aquellos en los que la relación no deriva de su propia naturaleza y estructura obligacional, como sucede con los conexos, sino de la voluntad de los interesados, en cuanto a que la adquisición de la mercadería les permite participar en el juego, destacando su intenso carácter oneroso y no gratuito, —especialmente para la empresa patrocinadora— al requerirse para participar en el concurso o juego la previa adquisición de los productos incluidos en la promoción, respondiendo los premios ofrecidos a una publicidad calculada y proyectada para la difusión de tales mercaderías y productos, implantación en el mercado y obtención, en definitiva, de mayores ventas.

A esta tipología corresponden los contratos de ventas con obsequios, que responden a la finalidad esencial de promover las adquisiciones, ofertando a los compradores otro producto o servicio gratuito, ya sea en forma automática o mediante la participación en un sorteo o concurso, enmarcándose dentro de la normativa general para la defensa de los consumidores y usuarios, y gozando por tanto de la protección de los instrumentos específicos creados para descartar, entre otros aspectos, la existencia de comportamientos o cláusulas abusivas.

LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO ES UN PALIATIVO PARA EL USO ABUSIVO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA FORMAL DE LOS ENTES SOCIALES. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina del levantamiento del velo («to lift the veil») surge después de la primera guerra mundial en la perspectiva de protección de las economías nacionales, y se desarrolla en múltiples y variadas manifestaciones que no constituyen *numerus clausus*. Con la misma no se trata de afectar en modo alguno al derecho de propiedad, a la autonomía patrimonial o a la personalidad jurídica, ni siquiera cabe hablar de una crisis de estas instituciones jurídicas, aceptadas por la generalidad de los países que integran la comunidad internacional. Sólo se pretende corregir en determinadas circunstancias el uso torticero de ciertas figuras y fórmulas jurídicas. El peligro, como enseña la buena doctrina, no está en la persona jurídica, sino en una concepción de la misma que se intente caracterizar por un hermetismo intangible y suficiencia formal. La doctrina cuenta con un profuso apoyo en la jurisprudencia, y un sólido cimiento en el ordenamiento jurídico (el Código Civil acoge en el art. 7.1 el principio de la buena fe; en el 3.2 la equidad; en el 7.2 rechaza el abuso de derecho y el ejercicio antisocial del mismo, y en el 6.4 sanciona el fraude de ley).

La doctrina del levantamiento del velo es precisamente un paliativo para el uso abusivo de la personalidad jurídica formal de los entes sociales.

LITISCONSORCIO PASIVO: FINALIDAD. (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Con el litisconsorcio pasivo necesario se trata de evitar que personas no litigantes se vean afectadas por la sentencia recaída en proceso en el que no han sido parte. En este sentido, las sentencias de 30-6-1989, 4-1-1999 y 15-2-1999; esta última dice: El litisconsorcio pasivo necesario es una creación jurisprudencial derivada de las sentencias de esta Sala y perfectamente asumida por las comentes doctrinales del derecho procesal, y la misma se deriva de las vinculaciones subjetivas que resultan de los derechos deducidos en juicio, por ello será preciso demandar a todos los sujetos cuyos derechos se integran en la relación jurídica de derecho material que se debate, dado que todos ellos se verán afectados por la sentencia que se dicte. Ya que si el actor no demanda a todos los que están vinculados por dicha relación jurídica, se produce lo que comúnmente en la doctrina se denomina «defectuosa constitución de la litis».

SI EL ARRENDATARIO RENUNCIA AL DERECHO DE TRASPASO, TAL DERECHO NO LO ADQUIERE EL ARRENDADOR, SINO QUE SE EXTINGUE. (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El derecho de traspaso de los locales de negocio arrendados es un derecho del que única y exclusivamente puede ser titular el correspondiente arrendatario, pues dicho derecho consiste en la cesión, mediante precio, de tales locales sin existencias, hecha por el arrendatario a un tercero, el cual quedará subrogado en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento.

Si el arrendatario renuncia a su exclusivo derecho de traspaso (renuncia que es legalmente factible) el expresado derecho se extingue o deviene inexistente, pero no pasa a ser titular del mismo el arrendador, ya que éste, una vez extinguido el arrendamiento, puede volver a arrendar a otra persona, pero no a virtud del expresado derecho de traspaso (extinguido o inexistente como consecuencia de la renuncia que hizo al mismo el anterior arrendatario), sino simplemente con base en su derecho de propiedad sobre el local que nuevamente se propone arrendar.

Si, no obstante, la renuncia hecha por el arrendatario a su derecho de traspaso, un acreedor de tal arrendatario traba embargo sobre dicho inexistente derecho de traspaso, tanto el propio arrendatario como el mismo arrendador podrán hacer valer sus derechos a través del proceso adecuado o por la vía de los recursos correspondientes, para que se alce dicho embargo indebidamente trabado, pero en ningún caso a través de una tercería de dominio ejercitada por el arrendador, el cual no es titular de ese derecho de traspaso.

DIFERENCIAS ENTRE EL CONTRATO DE SOCIEDAD Y EL DE COLABORACIÓN. (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Para que exista una sociedad se exige la concurrencia de unos elementos objetivos y subjetivos, a saber: aportaciones de actividades o bienes que pasan a formar un patrimonio común, un fin común y una *affectio societatis*. Este requisito subjetivo —intención de constituir la sociedad—, de esencial concurrencia, supone un plus añadido al simple consentimiento contractual, y consiste en la voluntad de unión paralela y dirigida a un mismo fin negocial, o voluntad de unión de una pluralidad de sujetos para correr en común ciertos riesgos.

La naturaleza de los correspondientes derechos y obligaciones del contrato litigioso hace pensar en una especie de intercambio recíproco de clientes a cambio de comisiones individualizadas por cliente, lo que se cobija jurídicamente bajo la fórmula de un contrato que denominan de «colaboración de servicios». El contrato de colaboración es una figura contractual atípica, consensual, bilateral y onerosa, diferente del arrendamiento de servicios, con una gran variedad de posibilidades en el tráfico jurídico, lo que determina además que su función económico-social se halle especialmente relacionada con la finalidad comúnmente perseguida en cada caso (causa subjetiva o del contrato). Dado el carácter atípico, su régimen jurídico se sujeta en primer lugar, a salvo las normas imperativas, a las estipulaciones de los interesados, con especial atención al fin o resultado perseguido, y en lo no expresado por la voluntad contractual, y a falta de previsión de una figura típica similar, se han de tener en cuenta las disposiciones generales de los contratos y de las obligaciones.

SOLIDARIDAD EN LAS OPERACIONES MERCANTILES. (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Por mor de la necesidad de ofrecer las necesarias garantías a todas las operaciones mercantiles —precisión esta además exigida paradigmáticamente en el acervo comercial de la Unión Europea—, la

actual doctrina jurisprudencial ha proclamado, con base en el artículo 3.1 del Código Civil, el carácter solidario a las obligaciones derivadas de la contratación de esa naturaleza, con lo que añade un tema específico más al Derecho mercantil en relación al tronco común del Derecho Civil (sentencias de 7-3-1992 y 14-2-1997).

PRÉSTAMO USURARIO. PRUEBA. (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Es cierto que con arreglo al artículo 2 de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908, en los recursos de casación que versan sobre su aplicación puede entrar el Tribunal Supremo en el estudio y análisis de la prueba practicada en el pleito; y también es cierto que rige en la materia una mayor libertad apreciativa en orden a la fijación de los hechos y su calificación; pero para estimar el recurso de casación es preciso que resulte demostrada debidamente la concurrencia de circunstancias justificativas de la incorrecta apreciación de los juzgadores de instancia.

RESOLUCIÓN DE COMPRAVENTA DE INMUEBLE POR INCUMPLIMIENTO EN PAGO DEL PRECIO: NO PROCEDE SI EL INCUMPLIMIENTO ES MÍNIMO. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Es necesaria la concurrencia en el incumplimiento para que pueda avalar la resolución contractual, que sea indubitado y revelador de una voluntad manifiestamente rebelde y obstativa al cumplimiento por parte del deudor, bastando que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en los que se pactó, y siendo aconsejable la resolución en los que concurran el impago prolongado, duradero, injustificado, o quedar frustrados el fin económico-jurídico que implica el negocio de compraventa y las legítimas aspiraciones del vendedor, y aconsejable asimismo mantener el pacto en homenaje a la voluntad contractual, cuando no aparezca definida e incuestionable una decidida voluntad negativa.

Es mínima, en relación a lo ya pagado por los compradores, la cantidad que, erróneamente o no, se detrae de la última partida a abonar, y sería máxima la sanción de resarcimiento.

NO PUEDE DEJARSE PARA LA FASE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA LA DEMOSTRACIÓN DE LA EXISTENCIA DE DAÑOS. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina de esta Sala viene declarando sin vacilación alguna que la demostración de la existencia real de los daños y perjuicios no puede dejarse para la fase de ejecución de sentencia.

La sentencia de instancia declara probada la existencia de los perjuicios materiales o patrimoniales —lucro cesante— y deja la determinación de su cuantía para ejecución de sentencia. El criterio no vulnera la doctrina de esta Sala.

Cuestión distinta es la que se plantea con los daños morales. La resolución recurrida dice: «más el daño moral si se probare en período de ejecución de sentencia el haberse causado». Claramente se defiende para ejecución la demostración de la propia realidad del **daño**, lo cual contradice la doctrina jurisprudencial antes expuesta, de tanto mayor aplicación en materia de daños morales por cuanto se trata de daños de no apreciación tangible, cuya valoración no puede obtenerse de una prueba objetiva, o cuya relatividad e imprecisión impide una exigencia judicial respecto de su existencia y traducción económica o patrimonial y exige la utilización de un prudente criterio, resolviendo jurídicamente con pragmatismo y aproximación (sentencias de 9 de mayo de 1984 y 5 de octubre de 1988), lo que, obviamente, implica una función más propia de la declaración que no del período de ejecución.

PRINCIPIO «IN ILLIQUIDIS NON FIT MORA»: EL SUPREMO HA ATENUADO EL AUTOMATISMO DE DICHO PRINCIPIO. (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El recurso alega que la sentencia de apelación no ha aplicado la doctrina contenida en el principio «*in illiquidis non fit mora*». Este motivo se desestima porque, si bien el referido axioma supone que si la cantidad adeudada no fuera líquida, es decir, cuando para su determinación se requiera un litigio, el abono de intereses sólo procederá desde el instante de la firmeza de la sentencia resolutoria de dicha contienda judicial, sin embargo, a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1992, esta Sala ha atenuado el automatismo de dicho principio, al establecer que junto a la consideración de la condena de abono de intereses por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso, precisamente por su conducta renuente en el pago que da lugar a la mora, cabe también concebir que si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad, una protección judicial de sus derechos, no basta con entregar aquello que en su día se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello no por tratarse de una deuda de valor, sino también y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias son susceptibles de producir frutos, no parece justo que los produzcan a favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, al acreedor.

La completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aunque fuera menos de la por él reclamada, desde el momento mismo en que se procedió a su exigencia judicial.

Como establece la sentencia de 1 de abril de 1997, el no devengo de intereses a partir de la interpelación judicial de una cantidad adeudada y declarada así a través del proceso, aunque fuera inferior en su *quantum* a la solicitada en la demanda iniciadora de una pretensión de reclamación de cantidad, podría configurar incluso una situación de enriquecimiento injusto, figura odiosa en relación a los principios de igualdad y seguridad jurídica, y que no precisa partir de un acto ilícito o de mala fe, sino simplemente del dato de obtener una ganancia indebida, lo que conseguiría el deudor moroso al que no se le obligara desde el momento mismo de ser requerido judicialmente a través de un proceso, a pagar los frutos civiles o intereses de una cantidad que está obligado a pagar, sea cual sea el montante definitivo de la misma.

EN LA VENTA DE NUDA PROPIEDAD CON RESERVA DE USUFRUCTO PARA EL VENDEDOR, LA TRADICIÓN ES FORMAL. (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La venta con reserva de usufructo a favor del vendedor es una hipótesis típica de *constitutum possessorium*. Es la situación inversa a la *traditio brevi manu*. El transmitente continúa en la posesión de la cosa pero en concepto distinto; se opera un cambio en la *causa possessionis* y el vendedor pasa de poseer *pro suo* a poseer *pro alieno*. El supuesto se contempla en el artículo 1.463 del Código Civil y aunque allí se refiere a los bienes muebles, la mejor doctrina entiende que ningún obstáculo hay para extender su aplicación a los bienes inmuebles.

Tampoco debe haber obstáculo para admitirlo respecto de una venta realizada en documento privado; en su favor se cuenta con que nuestro derecho admite la adquisición de la posesión (mediata en este caso), por los actos y formalidades propios para adquirir tal derecho.

En nuestro derecho positivo, para que se produzca la adquisición del derecho real de nuda propiedad por el comprador, ha de cumplirse con la, en cierto modo, vetusta exigencia de la teoría del título y el modo, que pese a un devenir que la rechaza dentro del moderno tráfico negocial, sin embargo persiste en nuestro Código Civil —art. 609—, por lo que en esa hipótesis contractual en documento privado, se cuestiona cómo es posible que el comprador, cuyo título es el contrato de compraventa, pueda convertirse en titular de esa nuda propiedad, al precisarse también el requisito del modo o tradición.

La solución ha de obtenerse mediante la flexibilización del presupuesto posesorio, que no tiene por qué siempre consistir en la entrega material de la cosa, ya que ello impediría el efecto traslativo, porque en esta compraventa esa posesión material la retiene el vendedor en su calidad de nuevo usufructuario; por ello a través de las especies de *traditio* formal o de creación legal, distantes de esa material, será cuando se conseguirá el repetido efecto adquisitivo, con lo que en definitiva, se empalma con ese instituto doctrinal del *constituto*, ya que es claro que, tras la compraventa, el vendedor pasa a poseer en concepto distinto de dueño al que antes poseía, pues ya retiene sólo la posesión inmediata, mientras que el comprador recibirá la posesión mediata del inmueble transferido.

J. Q. S.

CUANDO EXISTE PRUEBA DIRECTA SUFICIENTE NO DEBE ACUDIRSE A LA PRUEBA DE PRESUNCIONES. (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1999.)

Tiene la categoría de axioma y se halla plasmado por la jurisprudencia emanada de las sentencias de esta Sala, el principio que determina que no debe acudirse a la prueba de presunciones que establece el artículo 1.253 del Código Civil, cuando exista prueba directa suficiente. Circunstancia negativa que se da en la presente contienda judicial.

El núcleo de la misma tiene como objeto el determinar y concretar si la muerte violenta sufrida por J, cuyo cadáver apareció en un monte, tuvo como origen una actuación suicida, fue un accidente o se debió a una acción homicida externa. Descartada esta última hipótesis por reconocimiento expreso de

la parte afectada, habrá que determinar cuál de las otras dos posibilidades es la que se debe proclamar.

Y es aquí cuando, para ello, en la sentencia recurrida, con la actuación hermenéutica efectuada con base en la interpretación de la prueba pericial médica y la técnica de armas, se llega a la conclusión de que la muerte sobrevino por una acción suicida. Pues bien, dicha prueba pericial interpretada no es susceptible de control casacional, ya que la misma debe ser apreciada y controlada definitivamente por el Tribunal de Instancia, según las reglas de la sana crítica, a no ser que las conclusiones vertidas en la sentencia recurrida sean contrarias a la racionalidad y conculquen las más elementales directrices de la lógica.

NO CABE LA CONDENA AL PAGO DE INTERESES CUANDO YA SE LE HA CONDENADO A LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, PUES ELLO SUPONDRÍA UNA DUPLICIDAD DE INDEMNIZACIÓN. (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1999.)

Hechos.—En el convenio regulador de separación asumido por los cónyuges se formalizó la contribución a la construcción de una vivienda para domicilio de las hijas del matrimonio. No se acredita en autos que la cantidad que se obligaba a aportar el demandado era otra distinta a la que figura en la escritura de capitulaciones matrimoniales de ocho millones.

Doctrina.—Producido el incumplimiento por el demandado de su obligación de pago en el plazo previsto en las capitulaciones matrimoniales, tal incumplimiento ha dado lugar a la paralización de las obras de construcción de la vivienda familiar, lo que implica un aumento del precio de ejecución una vez que aquéllas sean reanudadas, con el consiguiente perjuicio para la actora cuya reparación deberá correr a cargo del demandado incumplidor. Por ello deberá satisfacer el demandado la cantidad que, como indemnización de daños y perjuicios, se determinará en ejecución de sentencia, teniendo en cuenta el tanto por ciento que representa la cantidad dejada de abonar por el demandado y a cuyo pago es condenado (5.100.000 ptas.) en relación a la que se obligó a pagar en la escritura de capitulaciones matrimoniales (8.500.000 ptas.), aplicando ese tanto por ciento al aumento del precio de la obra que falta por ejecutar, partiendo del precio inicial de la totalidad de la obra ascendente a 15.940.000 pesetas que se establece en el informe pericial obrante en autos. No ha lugar a la condena al pago de intereses de la cantidad líquida a cuyo abono se condena al demandado, ya que ello supondría una duplicidad en la indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

UNA VEZ CONDENADO AL PAGO DE LOS INTERESES PACTADOS Y VENCIDOS DESDE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA CABE APLICAR EL ANATOCISMO LEGAL, QUE PERMITE CAPITALIZAR TALES INTERESES VENCIDOS A FIN DE QUE PRODUZCAN NUEVOS INTERESES. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1999.)

Pactado en el contrato que cualesquiera cantidades que deban ser satisfechas entre las partes con origen o consecuencia de los pactos del convenio,

salvo el pago del precio aplazado, devengarán a favor del interés de demora del 1,50 por 100 mensual, a ello ha de estarse de conformidad con el artículo 1.108 del Código Civil, por lo que la condena al pago de los intereses legales desde la interposición de la demanda que se hace recaer, según el texto no muy claro al respecto del fallo de la primera instancia confirmado en apelación, sobre el principal reclamado y los intereses debidos, según el citado pacto quinto, infringe el citado artículo 1.108 del Código Civil, de igual modo resulta infringido el artículo 1.109-1.º regulador del llamado anatocismo legal, que si bien permite capitalizar los intereses vencidos a fin de que produzcan nuevos intereses, ello no es aplicable a los intereses no vencidos. Establecida en la sentencia recurrida la condena al pago de intereses legales sobre los intereses pactados de demora, tal condena debe limitarse a los intereses pactados y vencidos al tiempo de la interposición de la demanda que, por otra parte, deben considerarse líquidos al depender su determinación de una simple operación aritmética.

ANTE LA INEXISTENCIA DE DOLO, NEGLIGENCIA, MOROSIDAD O CONTRAVENCIÓN DEL TENOR DE LAS OBLIGACIONES NO CONCURRE EL DEBER INDEMNIZATORIO DEL ARTICULO 1.101 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1999.)

No cabe la indemnización de daños y perjuicios en el caso de un contrato de ejecución de obra donde no se midieron los m³ excavados (esenciales para el pago del precio a que tenía derecho la mercantil), donde resulta evidente la inexistencia de los supuestos relativos a dolo, negligencia, morosidad y contravención del tenor de las obligaciones, que, necesariamente comportarían la concurrencia del deber indemnizatorio previsto en el artículo 1.101 del Código Civil.

NO CABE VOLVER SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS EFECTUADA EN LA INSTANCIA EN VIA CASACIONAL, DADA SU NATURALEZA EXTRAORDINARIA. (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

El Juzgador de Instancia ha considerado probada la existencia de un convenio extrajudicial entre las partes, consistente en el abono a la recurrente (Caja Madrid) por don Evaristo, de la cantidad de 40.000 pesetas mensuales, que fue formalizado respecto a aquella por don Arturo Orive, y que tendría como contrapartida la suspensión de la subasta correspondiente a un piso en derivación del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, como asimismo ha apreciado que a consecuencia de tal convenio, don Evaristo ingresó las cantidades correspondientes y cumplió su parte de acuerdo, lo que no hizo la parte adversa.

Además, la sentencia del Juzgado, asumida por la de apelación, ha llegado a idéntica conclusión de que la recurrida satisfizo adecuadamente su prestación sin que lo hiciera el Banco que tenía autorizado por su cliente de hacer compensación de la deuda con el saldo positivo existente en la cuenta corriente del recurrido, y la defectuosa información entre cuentas, o la negligencia en la comprobación del cumplimiento de la referida obligación de pago achacable a la entidad Caja Madrid, no puede afectar a aquél, con lo que rebate

la incidencia de que al no detallarse que las referidas cantidades se debían destinar al abono de la cantidades pactadas, no se cumplió lo convenido por don Evaristo.

La recurrente, que no efectuó la contestación de la demanda y que ha basado la apelación, como reseña la decisión de instancia en dos motivos diferenciados (uno, la errónea interpretación de las pruebas efectuadas en la sentencia apelada; y otro, el supuesto enriquecimiento injusto por parte de don Evaristo) se refiere ahora a la interpretación contractual efectuada en la instancia, que califica de errónea, ilógica y desorbitada, cuya pretensión es desechable en casación, dada la naturaleza extraordinaria de la misma, pues volver sobre el *factum* de la sentencia recurrida para lograr su modificación, salvo circunstancias extraordinarias que no se dan en el presente caso, convertiría este recurso en una tercera instancia, amén de que la entidad bancaria ha mostrado evidente mala fe al actuar como lo hizo después de que el actor le abonara varios de los plazos convenidos.

PARA LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE JUICIO CONTENIDA EN EL ARTICULO 1.214 DEL CÓDIGO CIVIL, DEBE EXISTIR UNA DUDA TRAS LA FASE PROBATORIA EN EL PROCESO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Para que el Juez pueda fallar conforme a las exigencias de los artículos 361 de la Ley Procesal Civil y 1-7 del Código Civil, el ordenamiento le ofrece un instrumento lógico para indicarle en los casos de incerteza fáctica, si la sentencia ha de ser absolutoria o condenatoria, que es lo denominado «regla de juicio» en la ciencia del derecho, y que, en el proceso civil se encuentra en el citado artículo 1.214, de modo que lo determinante para la aplicación de esta pauta legal es la presencia de la duda después de que se haya desarrollado, el menos, una mínima labor probatoria en el litigio, sin que, de otro lado, dicho mecanismo esté al alcance de la voluntad de las partes, que no impedirán su utilización en los supuestos de hecho incierto, no tienen resortes para modificar su estructura y sentido, hasta el punto de que esta Sala ha declarado que sólo se permite el recurso de casación por infracción del citado artículo 1.214 cuando el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de la mencionada regla.

En la coyuntura del debate, la propia recurrente se encarga de admitir la presencia de determinados datos demostrativos en autos, relativos a la acreditación de las entregas en efectivo y remesas al Banco por un importe suficiente para cubrir las deudas contraídas, de manera que no nos encontramos ante un supuesto de falta de prueba, que sirve de base al artículo 1.214, sino que lo que esta litigante pretende es sustituir la apreciación probatoria realizada por el Tribunal de apelación por la suya propia, sin embargo, según reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, tal pretensión es inadecuada por la naturaleza extraordinaria de la casación, pues volver sobre el *factum* de una sentencia para lograr su modificación, salvo circunstancias singulares no concurrentes en este caso, transformaría este recurso en una tercera instancia.

EL 1.214 DEL CÓDIGO CIVIL NO TIENE OTRO ALCANCE QUE EL DETERMINAR LOS EFECTOS DE LA CARENCIA ABSOLUTA DE PRUEBAS EN UN PROCESO. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Hay que tener en cuenta que la sentencia de instancia no plantea el tema de la carga de la prueba, sino que declara probado que se ha producido el aumento de la obra. El problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba, se ha dicho en frase célebre de la doctrina alemana. Verdaderamente, esta doctrina que es plasmada lacónicamente en el citado artículo 1.214 del Código Civil y desarrollada profusamente en doctrina y jurisprudencia, establece cuál de las partes debe sufrir las consecuencias de la falta de prueba: si es de un hecho constitutivo de la acción ejercitada, será la parte actora; si es de un hecho impeditivo o extintivo, la parte demandada; pero no se aplica cuando aquél o uno de estos hechos se ha declarado plenamente acreditado, y así ha ocurrido en el presente caso respecto el aumento de la obra.

VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS Y PRIVADOS. (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Los documentos públicos sólo garantizan el hecho de haberse realizado ante el fedatario, no su concordancia con la realidad, y no presentan un valor superior a las demás probanzas, dado el sistema de apreciación libre en que se inspiran nuestras leyes y, si es cierto que los documentos públicos hacen prueba contra los contratantes en cuanto a las declaraciones en ellos vertidas, no es menos cierto que las mismas carecen de fe pública en cuanto a su veracidad, pudiendo ser desvirtuadas por los demás medios probatorios y el valor del documento público no se extiende al contenido del mismo o de las declaraciones que en él hagan los otorgantes y no presentan prevalencia sobre otras pruebas.

En cuanto a los documentos privados reconocidos, no tienen siempre una fuerza probatoria igual y coincidente, pues sobre tal medio probatorio ejerce su inferencia la apreciación global de las pruebas, y así el documento privado se puede apreciar en unión con otros elementos de juicio y su valor puede ser atribuido por la Sala sentenciadora en unión de otros que lo corroboran.

ES VINCULANTE LA MODIFICACIÓN OBRADA EN EL DOCUMENTO NOVATORIO, PUES FUE LO REALMENTE QUERIDO POR LAS PARTES. (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

La sentencia impugnada considera que no es aplicable el convenio penalizador originario, sino el adoptado en el posterior contrato novatorio a causa de que éste tenía como norte el incremento del plazo inicialmente estipulado para la ampliación de la obra y el aseguramiento del cumplimiento escrupuloso de los nuevos períodos temporales, sin embargo, la contratista reiteró su inobservancia por lo que debe valer la primera convención. La sentencia de instancia consideró la procedencia del abono de la mitad de la sexta certificación de conformidad con la novación reseñada, aunque no era admisible la resolución contractual a iniciativa exclusiva de la entidad constructora, y pese

a la falta de constancia que se tratara de trabajos efectuados durante la vigencia del documento inicial, como parece que es lo referido en el pacto III del mismo, pues la demanda no ha cuestionado especialmente esta particularidad.

Resulta evidente que por el tenor de la modificación obrada en el documento novatorio, resultaba de aplicación lo allí estipulado, que fue lo realmente querido por las partes, ya que, en otro caso, no tendría su plasmación, siendo, por demás, conveniente la argumentación referida a la inexistencia de oposición mostrada por la recurrente, sin perjuicio de que el IVA se refiere a toda la obra realizada y es de preceptiva aplicación a su titular.

EL JUZGADOR DE INSTANCIA POSEE SOBERANÍA PARA LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA. (SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

El recurso de casación tiene un ámbito limitado y una fisonomía en cierta medida formalista, que veda realizar al Tribunal Supremo una nueva y completa valoración del pleito y le obliga, en tesis general, a ceñirse al examen de las infracciones denunciadas, y en este caso, en verdad, la recurrente trata de vencer a este Tribunal del error en la apreciación de la prueba sufrido por el de apelación y no tiene en cuenta que, según ha manifestado esta Sala, el último citado posee, en principio, soberanía para dicha estimación, salvo que ésta resulte ilógica, opuesta a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, que son supuestos de exclusión no concurrentes en este caso, pues lo contrario transformaría el recurso de casación en una tercera instancia.

A DIFERENCIA DE LA PROPOSICIÓN DE SEGURO LA SOLICITUD NO VINCULA AL SOLICITANTE. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1999.)

Se debe diferenciar cuándo se trata de una solicitud y no de una proposición de seguro, es obvio, pues que dicha solicitud de seguro no vinculará al solicitante, precisión subjetiva, cuya literalidad no puede ser la que se colige de la «ratio» recurrida, ya que el problema se cierne sobre la vinculación no del solicitante o futuro asegurado, sino de la afectación de la contraparte o asegurada, para lo que es preciso valorar las demás circunstancias reseñadas, o sea, salvo que los hechos demuestren que por la propia conducta consecuente en coherencia con la recepción de dicha solicitud al no darse una manifestación expresa en contrario, haya que entender que esa vinculación queda perfectamente constatada por la propia línea de actuación concluyente o actos consecuentes a la recepción de dicha solicitud; y se repite la no manifestación expresa en contrario, a lo que habrá que añadir que, en su conexión con el carácter de la correlativa sanción asignada a la proposición del seguro por el asegurador al decirse que «solamente vinculará al proponente durante un plazo de quince días» que, es cierto, que al haberse notificado el siniestro después de los quince días, y haberse manifestado por parte de la aseguradora la existencia de la póliza y el desplazamiento del perito, son circunstancias todas ellas que deben conjugarse en su relieve significativo para que al socaire del recto sentido de la mutua confianza y de buena fe comercial que deben privar en todo pacto de trato sucesivo, como es el del seguro, no merece sino

la repulsa el que, con posterioridad a ese proceso actuario, la Compañía de Seguros pretenda retractarse de tales actos concluyentes sobre admisibilidad de la existencia de dicho seguro.

I. I. M.

RECLAMACION POR VICIOS RUINOGENOS. SOLIDARIDAD ENTRE LOS DISTINTOS RESPONSABLES SI NO SE ACREDITA EL GRADO DE CULPA DE CADA UNO DE ELLOS. EL PLAZO DECENAL DEL ARTICULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL ES UN PLAZO DE GARANTÍA, NO DE PRESCRIPCIÓN. (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Vigo, en sentencia de 1 de julio de 1993, estima solo parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Sala 2.^a) en sentencia de 24 de mayo de 1994, estima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Objeto de la litis.—Se enjuician, a lo largo de esta litis, dos problemas: 1) la prescripción; 2) la solidaridad o mancomunidad de los responsables por los vicios ruínógenos de un edificio.

Doctrina de la Sentencia.—Reiterados fallos de la Sala han proclamado que el plazo de diez años para exigir responsabilidades por los vicios de la construcción o de la dirección no es plazo de **prescripción**, sino de garantía. Los daños y perjuicios pueden reclamarse al contratista o al arquitecto director de la obra si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción —art. 1.591 del Código Civil—.

Si el contratista o el arquitecto responde de los daños es porque tiene obligación de reparar. Es una obligación legal. Y los damnificados ostentarán el correlativo derecho para exigir la reparación del perjuicio. Pero así como los derechos nacen y mueren, nace el derecho a la indemnización en el momento en que se detecta el desperfecto y muere quince años después de haber nacido —art. 1.964 del Código Civil—.

Así las cosas, el plazo decenal no es un plazo de prescripción, sino de garantía. El deterioro que se produzca dentro de los diez años siguientes a la terminación del edificio está garantizado. Producido el daño dentro de ese espacio temporal, nace el derecho a la indemnización en el mismo momento en que el vicio se hace patente, y una vez nacido, han de transcurrir quince años para que pueda darse por extinguido a causa de su prescripción.

Según doctrina reiterada de la Sala responden de los vicios ruínógenos no sólo el contratista y el arquitecto, sino también el promotor y el aparejador que interviene en el control de la obra. También la Sala tiene declarado que cuando no cabe concretar las proporciones intervinientes debe establecerse la responsabilidad solidaria de todos ellos en aras de una eficiente tutela judicial. Por el contrario, si es posible discriminar con nitidez la responsabilidad de cada uno en el resultado ruinoso, entonces podrán exigírseles la reparación de forma mancomunada.

De los autos resulta la interrelación de responsabilidades de todos los implicados. Es indiscutible la corresponsabilidad del constructor mucho más en

contacto inmediato con la obra, con las posibles manipulaciones de los materiales. Tampoco cabe dudar de la responsabilidad de los técnicos: el dictamen pericial emitido por un arquitecto independiente relata las discrepancias entre la memoria y el proyecto y las certificaciones de obra sucesivas, y especifica vicios refaccionarios que no pueden pasar desapercibidos a los facultativos especialistas: que falta el revestimiento pétreo en las fachadas y los dinteles de granito, que se ha alterado la solería de los distintos pisos y la carpintería interior, que existen desperfectos en las cubiertas, etc..., deficiencias todas que pueden ser percibidas por cualquier profano, cuanto más por el director de la obra y por el aparejador que con él coadyuva al buen resultado tectónico de la construcción, no puede eludirse, pues, la inevitable culpa *in vigilando*, se hace pues extensible la responsabilidad solidaria a todos los infractores.

INFRACCIÓN DEL ARTICULO 1.281 DEL CÓDIGO CIVIL. NO SE ESTIMA LA MISMA. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 41 de los de Madrid, en sentencia de 30 de abril de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.ª) en sentencia de 18 de febrero de 1994, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

El artículo 1.281 del Código Civil establece una norma fundamental hermenéutica, que, con carácter general, debe regir para la determinación, alcance y consecuencias de toda relación contractual. La doctrina de la Sala viene declarando que la interpretación de un contrato es una cuestión fáctica y, como tal, su constatación es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuya apreciación, tras el proceso de valoración de las pruebas practicadas, ha de ser mantenido y respetado en casación.

RESPONSABILIDAD INDEMNIZATORIA DE LA USUFRUCTUARIA ARRENDADORA POR UNA IMPROCEDENTE OPCIÓN DE COMPRA CONCEDIDA A LOS ARRENDATARIOS SIN LA CONFIRMACIÓN POR LOS NUDOS PROPIETARIOS. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Linares, en sentencia de 3 de diciembre de 1993, estima parcialmente la excepción de falta de legitimación pasiva y estima la excepción de nulidad de una cláusula contractual del contrato de arrendamiento celebrado. La Audiencia Provincial de Jaén (Sala de lo Civil) en sentencia de 7 de septiembre de 1994, estima en parte el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Objeto de la litis.—Se aprecia la falta de legitimación pasiva de los codeemandados copropietarios del inmueble litigioso por no haber sido parte en el contrato de arrendamiento celebrado y se resuelve además la acción controvertida declarando la nulidad de una de sus cláusulas en donde se pactaba la opción o posibilidad de adquisición dominical del objeto de ese arrendamiento suscrito entre las partes —actores y usufructuaria codeemandada—.

Doctrina de la Sentencia.—Entre las pretensiones solicitadas en la petición inicial de la demanda, se encuentran las siguientes: 1) Se declare el derecho de compra de los actores sobre las instalaciones arrendadas por la demandada en base a la opción de compra que el contrato de arrendamiento contenía. 2) Subsidiariamente, se reconozca ese mismo derecho de compra por parte del complejo arrendado que se prueba pertenece a la citada demandada, y con la rebaja proporcional del precio, y 3) también subsidiariamente, de no accederse a lo anterior, que se declare la responsabilidad de la citada demandada y de los codemandados, hijos de aquélla, por los perjuicios irrogados por su incumplimiento contractual. Pero la cuestión fundamental deviene en determinar si el usufructuario de un bien puede establecer sobre el mismo una opción de compra sin el consentimiento de los nudos propietarios, y se propugna, que estando ante una cláusula contractual nula de pleno derecho, por ausencia de causa, artículo 1.300 en relación con el 1.261, que no admite confirmación, artículo 1.310, debe con estimación de la excepción de nulidad, desestimarse tanto la pretensión principal como la subsidiaria ejercitada en segundo lugar. Sin embargo, este planteamiento fue rechazado por la Sala sin perjuicio de reconocer que, como principio la usufructuaria no está facultada para conceder una opción de compra, esto es, la adquisición dominical del bien que es objeto del arrendamiento, porque no le pertenecen, sin embargo, se razona, para destacar la nulidad radical y apreciar la anulabilidad en el caso de autos; y es que el contrato suscrito no estaba viciado de nulidad radical, sino simplemente anulable y deviene nulo, solamente al no haber adquirido la propiedad que se comprometió a vender la optataria, lo que hace imposible su cumplimiento por parte de la misma, esa opción es por completo ineficaz respecto a los demandados no propietarios, por lo que debe ser anulada de acuerdo con lo previsto en el artículo 1.300 del Código Civil. Y es que teniendo en cuenta la ejecutoriedad del contrato de opción, sería un evento de futuro, así mientras transcurre el tiempo desde que se constituyó el contrato hasta que se ejercite la opción, pudiera perfectamente haber devenido en propiedad la usufructuaria arrendadora, lo cual aboca, en la inicial validez del contrato de arrendamiento, y la opción adosada tras lo que acontezca, en cuanto a la supuesta cualidad dominical de la arrendadora, pues no es posible instar cualquier clase de nulidad de un contrato con base en una carencia o vicio provocado por la misma parte que postula dicha nulidad y que es la usufructuaria-arrendadora.

DONACIÓN ENCUBIERTA. REQUISITO DE ESCRITURA PUBLICA. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Torrejón de Ardoz, en sentencia de 8 de septiembre de 1992, estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 8.ª) en sentencia de 6 de julio de 1994, estima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Base fáctica.—La recurrente considera que la causa del negocio de donación encubierta, cuya validez es admitida por la sentencia de instancia, es ilícita, debiendo, pues, declararse la nulidad radical del contrato de compraventa simulado bajo una causa falsa. Yerra el recurrente al estimar que la exigencia de la escritura pública para la donación no se cumple, aplicando lo

que el notario autorizó como contrato de compraventa, puesto que en verdad el notario estaba autorizando un contrato de donación. Doctrina que conduce a que aparezcan cumplidas las exigencias formales del artículo 633 del Código Civil invocado como infringido al haberse hecho las donaciones en escritura pública con expresión individualizada de los bienes objeto de las mismas y constar en la misma forma la aceptación de los donatarios, presuntos compradores, que comparecieron personalmente al otorgamiento de las escrituras, todo ello sin perjuicio de la posible inoficiosidad de las referidas donaciones por aplicación del artículo 636 del Código Civil y la obligación de colacionar los bienes por los donatarios que resulten ser herederos forzosos del donante de acuerdo con los artículos 1.035 y siguientes del mismo Código.

Doctrina de la Sentencia.—La ilicitud de la causa deriva de que «no puede considerarse lícita la causa cuando lo que se pretende es favorecer a uno de los hijos, perjudicando los derechos de los legitimarios», respondiendo el otorgamiento de escritura pública a una motivación fraudulenta, cual es evitar la aplicación de los artículos 806 y siguientes y 1.035 y siguientes del Código Civil. El donante no actúa ilícitamente cuando favorece a alguno de sus hijos, tanto más cuanto que por vía de herencia puede hacerlo, incluso frente a los legitimarios dentro de ciertos límites, máxime si tenemos en cuenta las prevenciones legales sobre la inoficiosidad de las donaciones contenida en el artículo 636 en relación con el 1.035, ambos del Código Civil. No cabe anticipar durante la vida de los futuros causantes, aquellos efectos, puesto que los hijos en cuestión, supuestamente perjudicados, no son herederos testamentarios, ni forzosos, en tanto no fallezcan aquéllos en atención a que fallezcan los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, artículo 657 del Código Civil, y es, en este momento, cuando se puede determinar quiénes son los herederos.

La validez de las donaciones encubiertas bajo la forma de compraventa ha dado lugar a soluciones divergentes no sólo en la doctrina científica, sino también en la jurisprudencia, por eso numerosas sentencias reconocen la validez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de escritura pública de compraventa. En nuestra litis la cuantía del precio, notablemente inferior al real, y la naturaleza remuneratoria de la donación, que compensa servicios prestados por la hija y su marido, encargados de atender a sus padres, los donantes; el previo arriendo de los donatarios de la finca vendida y la previa existencia de una opción de compra, en favor de los mismos y que se extinguió en virtud de contrato litigioso, junto con las dificultades interpretativas que comporta el artículo 622 del Código Civil, determinan que se consideren concurrentes todos los requisitos necesarios para la eficacia de la expresada donación, pues a tenor de la sentencia de 9 de mayo de 1988, si bajo el negocio simulado existe el negocio disimulado, la forma de éste será la propia del simulado y si es la exigida por la ley para el tipo de negocio el que pertenece cumple con el requisito formal correspondiente.

OBLIGACIÓN DE HACER. CAMBIO DE DENOMINACIÓN SOCIAL DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA. INADMISIBILIDAD. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 41 de los de Barcelona, en sentencia de 3 de febrero de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial

de Barcelona (Sección 15.^a), en sentencia de 16 de febrero de 1994, estima el recurso de apelación.

No ha lugar al recurso de casación.

Objeto del litigio.—Se discute la existencia de una obligación de hacer consistente en cambiar la denominación social de la Sociedad Anónima code-mandada, y pese a que no consta aquella obligación en escritura pública, llega a la convicción de la existencia del pacto contractual, no incluido en la escritura y que es fuente de la obligación de hacer mencionada.

Doctrina de la Sentencia.—La desestimación del iter del recurso pasa por evidenciar en el mismo una detallada serie de hechos contradictorios a los expuestos por la sentencia de instancia, se valora la prueba y se da a unos documentos una trascendencia mucho mayor a la que le da la sentencia de instancia. A lo largo de la litis no se plantea un problema de interpretación de negocio jurídico, sino que simplemente la sentencia de instancia da por probada la existencia del pacto de cambio de denominación social, por lo cual no hay problema de carga de prueba sino que estima probada la cuestión fáctica. No teniendo aplicación la doctrina de los actos propios, ya que el hecho de que se parte es que se quiso y se pactó por los contratantes el cambio de denominación social.

LA COMPENSACIÓN DE DEUDAS ES TOTALMENTE INVIABLE. (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 49 de los de Madrid, en sentencia de 8 de febrero de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.^a) en sentencia de 6 de junio de 1994, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Base fáctica.—Don Rogelio Fresno reclama la entrega de ocho millones de pesetas residuales de un reconocimiento de deuda por cuantía de veintitrés millones (quince ya satisfechos) cuyo pago final debería materializarse en la entrega de un chalet en el término municipal de Alalpardo, al haberse aceptado por las partes esta modalidad de dación en pago sustitutiva. Esta obligación de entrega resultaba de un documento privado suscrito el 18 de abril de 1989, en el que se decía que «como consecuencia de operaciones mercantiles realizadas entre "Verde y Paz, S.A.", y don Rogelio Fresno Muñoz, existe en la actualidad un saldo favorable al señor Fresno de veintitrés millones de pesetas. Y como forma solutoria del remanente final de ocho millones, se establecía la aludida dación en pago.

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.281 del Código Civil propicia una inteligencia progresiva de la «litis» que ahora nos ocupa, según tal precepto: «Si las palabras utilizadas en el contrato parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas». Y un caso claro de PREVALENCIA DE LA INTENCIÓN es el que nos ocupa: hay una contradicción entre el reconocimiento fechado el 18 de abril de 1989 y la confesión que lo interpreta. Es incongruente decir que se adeudan a don Rogelio Fresno

veintitrés millones de pesetas y que este reconocimiento de deuda se realizó «como liquidación de los pagos recibidos en diversas fechas...». Liquidar una relación crediticia es buscar un líquido neto después de haber restado de un pasivo total el activo de unos pagos realizados. Es inconsecuente afirmar que se debe lo mismo lo que se ha pagado o parte sustancial de lo que se ha pagado. Y esto es confundir dos cosas inconfundibles porque son radicalmente antitéticas: no se pueden establecer similitudes entre un recibo de cantidad y un reconocimiento de deuda, porque, lógica y jurídicamente, son todo lo contrario. Y según el artículo 1.282 del Código Civil, para juzgar la intención de los contratantes debe atenderse principalmente a los actos de estos coetáneos y posteriores al contrato. Actos posteriores son la confesión judicial y las entregas de dinero realizadas que confirman la idea de que debió redactarse un recibo de cantidades y no un reconocimiento de deuda. Y por último citar el artículo 1.288 del mismo texto legal en el sentido de que «la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deben favorecer a la persona que ha ocasionado la oscuridad», y es que si don Rogelio era consciente de haber percibido reiterados abonos, no debía sugerir un documento que alentaba un reconocimiento de deuda, de algo que ya no se le debía. No hay, además, en nuestra litis compensación, pues para que haya compensación exige nuestro derecho positivo la existencia enfrentada de contratantes que sean, recíprocamente, acreedores y deudores el uno del otro, y este requisito ineludible está ausente en la relación jurídica existente entre los litigantes, en ella, hay un solo acreedor: don Rogelio, los demás son deudores.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE COMPRAVENTA POR INCUMPLIMIENTO DE LA VENDEDORA. EX ARTICULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Granada, en sentencia de 1 de septiembre de 1992, estima la excepción perentoria de falta de legitimación activa. La Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª), en sentencia de 24 de enero de 1994, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—En el caso concreto de autos, el esposo de la demandante solicita un camión frigorífico para transporte de mercancía y reparto de congelado. La demandada, dentro de la variedad y gama de carrocerías y equipos de frío que se le ofrecen, elige según economía y servicios o uso para los que va a destinar dichos elementos, los que se acomodan a sus pretensiones. Pero quedó reconocido por todas las partes llamadas al proceso que el equipo frigorífico instalado era inidóneo para la finalidad requerida por la actora a la demandada, reparto de productos congelados, lo que conllevó a que el mismo, por su uso para dicho fin, tras varios defectos de funcionamiento, tuviera que ser cambiado por uno nuevo.

Doctrina de la Sentencia.—Es jurisprudencia de la Sala respecto a quien dejó de cumplir el contrato que ha de estarse en casación a lo resuelto por la Sala de instancia, mientras no se impugne por adecuada vía (entre ellas, sentencias de 12 de diciembre de 1914; 12 de marzo de 1947; 7 de enero de 1949, etc...) el problema de incumplimiento o cumplimiento del contrato es

cuestión de hecho, y que tras la reforma de la Ley 10/1992, de 30 de abril, se considera error de derecho en la apreciación de la prueba, pudiendo revelarse la voluntad de incumplir por una prolongada inactividad o pasividad del deudor, pero sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», que sería tanto como exigir dolo y bastando frustrar las legítimas aspiraciones de los contratantes.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Antequera, en sentencia de 24 de marzo de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.^a), en sentencia de 16 de diciembre de 1993, estima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Antequera estima la demanda interpuesta por don Cristóbal Quintana Aranda contra la Compañía Aseguradora Catalana de Occidente, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., en la que reclama una determinada cantidad de dinero en base a una póliza de seguros, concertada con la misma, de responsabilidad civil, multirriesgo de pequeña y mediana empresa, póliza que entró en vigor el 20 de mayo de 1988, y del préstamo que se tuvo que concertar con la Caja de Ahorros de Córdoba para hacer frente a la condena por responsabilidad extracontractual a consecuencia del accidente acontecido en su taller. Y es que el responsable de tal siniestro era también trabajador por cuenta del actor, y por lo tanto, el riesgo del accidente estaba cubierto en la susodicha póliza de responsabilidad civil suscrita con la parte recurrente.

Doctrina de la Sentencia.—Para que exista la responsabilidad civil aludida, es preciso que el daño fuese ocasionado por persona que tuviese tal relación de dependencia con el asegurado y de forma categórica, que ha de prevalecer como auténtica *quaestio facti*, incluso elevada a la categoría de *quaestio iuris*.

En la cobertura asegurada no sólo estaban incluidas las relaciones laborales de derecho sino también las relaciones de hecho, sin embargo, no se deja resquicio alguno para incorporar esta relación *de facto*, en relieve laboral en su caso, y sin perjuicio y con base a la responsabilidad extracontractual, se pudiera haber derivado esa responsabilidad, cuyo montante económico es el que se pretende en vía de resarcimiento o de repetición al propio asegurado ejercitando la acción que le ampara en el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro, y ello porque es perfectamente posible, y con independencia de que con base al artículo 1.903 del Código Civil, está claro que la *ratio petendi* deberá apoyarse en lo pactado en la póliza.

RECURSO DE REVISIÓN. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1999.)

Triunfa el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia de 27 de octubre de 1994, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Aviles.

Presupuestos fácticos.—Son los siguientes: 1) La entidad mercantil «Talleres Febe, S.L.», fue constituida por escritura de 3 de enero de 1986, otorgada por don Fernando Fernández García, don Juan Bautista Álvarez Rodríguez y don Francisco Beato López, y posteriormente pasaron a ser únicos partícipes de la misma los fundadores señores Fernández García y Beato López. 2) Los dos precitados señores y mediante escritura pública de 12 de febrero de 1988, adquirieron, por mitad y proindiviso, determinados locales comerciales y por otra escritura de 7 de julio de 1989, otro solar. 3) Los reiterados señores vendieron en escritura pública de 14 de diciembre de 1989, el derecho de superficie sobre la mitad del solar a «Talleres Febe, S.L.», que construyó en él una nave industrial con destino a taller de carpintería y oficinas de la industria. Y 4) los copropietarios señores Fernández García y Beato López decidieron poner término al condominio existente entre ellos.

Doctrina de la Sentencia.—Recopilando la reiterada doctrina mantenida por la Sala acerca del recurso de revisión, conviene decir que: «por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos que han ganado firmeza, requiere que la interpretación de los supuestos que le integran, haya de realizarse con criterio, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, con quebrantamiento del principio de autoridad de la cosa juzgada, sin que sea posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada, ni pretender una nueva instancia con un nuevo análisis de la cuestión debatida y resuelta, y ha de interponerse en el plazo de tres meses contados desde que se descubrieron los documentos, o el fraude, o la declaración de falsedad, y no hayan transcurrido cinco años desde que se publicó la sentencia, y dicho plazo de tres meses es de caducidad, rigiéndose su cómputo por el artículo 5 del Código Civil, además la maquinación fraudulenta precisa la prueba cumplida de hechos que, por sí mismos, evidencien que la sentencia ha sido ganada por medio de ardides o artificios tendentes a impedir la defensa del adversario, de suerte que concurra un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial, pudiendo comprender bajo el término «maquinación fraudulenta» todas aquellas actividades de la actora que vayan dirigidas a dificultar u ocultar al demandado la iniciación del juicio con objeto de obstaculizar su defensa, asegurando así el éxito de la demanda, y dado su carácter extraordinario y excepcional, no autoriza a proponer un examen de las cuestiones que ya tuvieron lugar adecuado en el pleito. Proyectando la doctrina jurisprudencial transcrita, no cabe duda que la mercantil actora en el procedimiento, asimismo indicado, no actuó con la debida diligencia y lealtad procesal, tal hecho fue empleado como un medio de impedir la defensa del adversario, originando, en definitiva, una sentencia ganada injustamente.

CONGRUENCIA E INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. (SENTENCIA DE
28 DE ENERO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia número 19 de los de Valencia, en sentencia de 19 de mayo de 1993, estima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.^a) en sentencia de 30 de junio de 1994, estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

Hechos.—A partir del día 1 de enero de 1991, y durante un plazo no superior a tres años, las partes se obligan a reunirse para tratar de llegar a un acuerdo con la opción de compra a favor de los arrendatarios, el cual se plasmará, en su caso, en un documento aparte e independiente del presente contrato, en el que se fijarán las cláusulas acordadas por las partes. Las conversaciones en cuanto a la opción de compra por parte de los arrendatarios, se estipularían siempre y en base al valor de dicho local en el momento de la compra. A partir de esa fecha y durante un plazo no superior a tres años, las partes se obligan a reunirse para tratar de llegar a un acuerdo sobre la opción de compra.

Doctrina de la Sentencia.—Es premisa clara de la Sala la de que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido del debate. La resolución recurrida incurrió en una incongruencia *extra petita* al condenar a los demandados por motivo distinto de los alegados y debatidos en el litigio. Así, el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impone una consustancial armonía entre los pronunciamientos de la sentencia y las pretensiones de las partes. La condena, en lugar de ser solidaria, lo es por terceras partes, por lo que, es evidente, pues, que está dentro de lo que se denomina incongruencia *intra petita*, ya que se concede menos de lo pedido y sin que sea relevante que la *ratio decidendi* tenga en cuenta o contemple dos contratos existentes entre las partes en esta litis.

I. M. G.

NO PROCEDE LA RESOLUCIÓN DE LA COMPRAVENTA DE UN INMUEBLE POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO SI HAY INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL VENDEDOR EN LA ENTREGA DE LA OBRA, SEGÚN LOS TÉRMINOS DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Una promotora demanda a dos personas exigiendo la resolución de un contrato de compraventa de una vivienda, junto con la correspondiente indemnización; uno de los demandados, a su vez, formula reconvencción frente a la parte actora, desestimando el Juzgado la demanda y estimando la reconvencción. La Audiencia Provincial confirma la sentencia y la actora recurre en casación.

El TS desestima el recurso al considerar que no hubo incumplimiento del contrato por parte de los compradores, pues en dicho contrato se establece expresamente que la parte compradora se obligaba a abonar las cantidades estipuladas al firmar la escritura que habría de ser el día en que *necesariamente debía estar acabada la vivienda*, pues, según el artículo 1.462 del Código Civil, la firma de la escritura supone la entrega de la casa. Pero la parte actora

no ha cumplido sus obligaciones, pues, según la sentencia de la Audiencia Provincial, se considera probado que en tal fecha, no sólo no estaba acabada la vivienda, sino que ni siquiera lo estaban las cubiertas, cerramientos y tabiquería, lo que ya supone un incumplimiento total de sus obligaciones, sin que por ello fuera por causa debida a la otra parte, ya que el comprador no tenía todavía obligación de pagar nada, por no darse aún los supuestos determinados en el contrato, sin que sea admisible la alegación de un convenio entre las partes para atrasar la entrega de la vivienda, por no estar probado y no haberse acabado la obra en la fecha señalada en dicho convenio.

NO ES NECESARIO PACTO EXPRESO PARA QUE UNA OBLIGACIÓN SE CONSIDERE SOLIDARIA, BASTANDO QUE APAREZCA DE MODO EVIDENTE QUE ESA FUE LA VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES O RESULTE DE LA PROPIA NATURALEZA DE LO PACTADO. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Morales Morales.

Una persona demanda a un matrimonio para la devolución de un préstamo, pidiendo además que ambos cónyuges sean declarados obligados de forma indistinta y solidaria. El Juzgado estima parcialmente la demanda, condenando al marido y absolviendo a la esposa. La Audiencia Provincial revoca la sentencia y condena también a la esposa, la cual recurre en casación.

El TS desestima el recurso, refiriéndose a lo que declara la sentencia recurrida, la cual, entre otras cuestiones procesales, declara probado que la recurrente era la titular de la cuenta en la que se ingresó la cantidad reclamada, y a la consideración que dicha sentencia hace de que la solidaridad, pese a la presunción de mancomunidad que consta en el artículo 1.137 del Código Civil, basada en el *favor debitoris*, no precisa de pacto expreso, ni lo consideran así la doctrina ni la jurisprudencia, siendo la tendencia actual hacia la solidaridad para garantía, reforzamiento y estímulo en el concierto y cumplimiento de los contratos, perfectamente compatible con la posibilidad de división interna de las respectivas obligaciones, sin perjuicio de las acciones *ad intra* entre los codeudores. La solidaridad puede considerarse existente por el conjunto de antecedentes demostrativos de que ha sido querido por las partes aquel resultado económico, bastando que aparezca de modo evidente la voluntad de los contratantes de haberse obligado *in solidum* o resulte dicha solidaridad de la propia naturaleza de lo pactado, y en este caso se deduce del hecho que aparece probado en la sentencia recurrida: la cantidad prestada fue ingresada por el marido en la cuenta de la esposa.

LA RESOLUCIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE OBRA CUANDO HA HABIDO INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL CONTRATISTA NO ES DESISTIMIENTO UNILATERAL DEL ARTICULO 1.594 DEL CÓDIGO CIVIL, SINO CAUSA DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

Una entidad demanda a otra que la había contratado para hacer una obra en reclamación de varias cantidades por diversos conceptos, entre ellos la indemnización por resolución unilateral del contrato. El Juzgado estima la demanda, pero la Audiencia Provincial revoca la sentencia. La parte actora recurre en casación.

El TS desestima el recurso al apreciar que no es aplicable al caso el artículo 1.594 del Código Civil, según el cual, el desistimiento de la obra por parte del dueño obliga a indemnizar al contratista, porque se ha probado que la parte recurrente también incumplió, por no haber presentado en el plazo pactado en la cláusula octava de las condiciones particulares del contrato el aval por valor del cinco por ciento del importe del contrato —precio alzado de mil novecientos millones de pesetas— a que se había comprometido en dicha cláusula, por lo que, conforme al art. 1.124 del Código Civil, no puede existir la facultad de exigir el cumplimiento ni de reclamar daños y perjuicios no imputables a la otra parte. Se trata, por tanto, de dos supuestos diferentes, y el que se aplica al caso es, precisamente, la resolución por incumplimiento de sus obligaciones por una de las partes, de acuerdo con el artículo 1.124 del Código Civil.

LA SOCIEDAD ANÓNIMA QUEDA OBLIGADA FRENTE A TERCEROS DE BUENA FE AUNQUE EL ACTO CELEBRADO POR ELLA NO ESTE INCLUIDO EN EL OBJETO SOCIAL. EL AVAL DA LUGAR AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN CAMBIARIA SIN PERJUICIO DE LA QUE SE EJERCITE POR LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

Varias personas que han formado una sociedad que no ha llegado a adquirir personalidad jurídica (por actuar una de ellas como mandatario verbal y no haber sido ratificado éste) compran un hotel, cuyo precio se abonaría aplazadamente mediante el libramiento de varias letras de cambio, cuya aceptación venía avalada por otra SA. Vencidas las dos primeras letras, el vendedor reclama el pago y la responsabilidad solidaria de la avalista. El Juzgado estima parcialmente la demanda, absolviendo a varios de los codemandados. La Audiencia Provincial confirma la sentencia y la sociedad avalista recurre.

El TS desestima el recurso, abordando la cuestión de que la sociedad avalista sí puede ser demandada por el ejercicio de una acción para exigir el cumplimiento de un contrato de compraventa en que no ha sido parte, pues el hecho de haber avalado las letras libradas y aceptadas para el pago del precio da lugar a que pueda ser condenada al pago del importe nominal de los títulos, en ejercicio de una acción cambiaria, sin perjuicio de la que se ejercite para exigir el cumplimiento de la obligación principal. Por otra parte, no es válido el argumento de que la concesión de avales no consta en el objeto social de la entidad recurrente, pues, según el artículo 129.1 de la Ley de Sociedades Anónimas dispone que *la sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil se desprenda que el acto no está comprendido en el objeto social*, y el aval fue prestado por el Consejero-Delegado de la sociedad recurrente, sin que se haya alegado ni probado mala fe por parte del vendedor.

LOS DERECHOS DE AUTOR SON PERSONALÍSIMOS; POR TANTO, PARA REPRODUCIR UNA OBRA, SE HA DE SOLICITAR AUTORIZACIÓN DE LOS AUTORES, O DE LO CONTRARIO, INDEMNIZARLES. (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Várela.

Dos reporteros demandan a una editorial que publica una revista, reclamando el reconocimiento de la autoría de un reportaje que publicó dicha revista y la propiedad del material utilizado, así como la indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia, reconociendo los derechos de autor de la parte actora, aunque rebajando la cuantía de la indemnización. Ambas partes recurren.

El TS admite el recurso de los actores y desestima el de los demandados, pues la sentencia impugnada ha negado eficacia a las cláusulas contractuales contenidas en el documento que autorizaba la publicación en la revista bajo determinadas condiciones, por haberse firmado por el subdirector de la misma sin haberse probado si sus facultades se adaptaban a las previsiones legales. Por otra parte, se ha probado que los demandantes son los autores del citado reportaje, por aparecer sus nombres en la obra original y por haberse probado su elaboración del mismo, la cual genera una labor de creación. La jurisprudencia tiene declarado que los derechos de autor son personalísimos, integrándose en ellos contenidos económicos y morales, por lo que la autorización para reproducir una obra ha de darse por quienes son sus autores.

EL ARTICULO 1.154 DEL CÓDIGO CIVIL ESTA CONCEBIDO EXPRESAMENTE PARA LOS CASOS DE CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR, Y NO ESTA CONDICIONADO AL INCUMPLIMIENTO TOTAL. (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Se pide en la demanda (interpuesta por los compradores) lo siguiente: 1.º Declarar nulo el contrato de compraventa de una finca en Lanzarote, por ser dos de los compradores extranjeros y no haberse obtenido la autorización de la autoridad militar española; 2.º en su defecto, que se declare la no resolución del mismo por el requerimiento hecho por el vendedor por falta de pago del resto del precio por los compradores, que ya habían satisfecho parte del mismo; 3.º en tal caso, la declaración de nulidad de la escritura de venta de la finca hecha a otras personas, también demandadas, y 4.º en caso de no darse lugar a los anteriores pedimentos, que se deje sin efecto la cláusula penal que consta en el contrato, o que se modere equitativamente. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia, declarando modificada parcialmente la cláusula penal. El vendedor recurre en casación.

El TS desestima el recurso, al rechazar el argumento de la parte recurrente de que el artículo 1.154 del Código Civil sólo es aplicable cuando la pena se ha pactado en caso de incumplimiento total de la obligación garantizada, no para cuando, como ocurre en el caso, los compradores han pagado cantidades

a cuenta y dejado de pagar alguna de las parciales convenidas al vencer los plazos estipulados. De hecho, el artículo 1.154 del Código Civil dice expresamente que la modificación equitativa de la pena tendrá lugar cuando la obligación principal *hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor*, que es precisamente el supuesto que encaja en este caso, en el que se dejó de satisfacer el resto del precio.

LA EXISTENCIA O NO DE LA BUENA FE PRECONTRACTUAL HA DE SER APRECIADA EN CADA CASO PARTICULAR. UN PRESUPUESTO DE PRECIOS NO CONSTITUYE CONTRATO VINCULANTE. (SENTENCIA DE 5 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Una SA es contratada para la realización de unas obras en la Expo'92, y encomienda a otra SA varios estudios en relación con soluciones técnicas a los problemas que planteaban dichas obras, suscribiéndose entre ambos un documento de «Presupuesto de Vidriería» en el que sólo se hace constar el importe; más tarde, la primera SA comunicó a la segunda que no la subcontrataría al haberse producido un recorte presupuestario. La segunda SA demanda a la primera reclamándole una determinada cantidad en concepto de indemnización; el Juzgado desestima parcialmente la demanda, rebajando el importe de la indemnización, y la Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia, elevando el importe. La SA demandada recurre en casación.

El TS estima el recurso al considerar que no se da, como pretende la sentencia recurrida, responsabilidad por culpa *in contrahendo*, ya que no se aprecia falta de buena fe en la conducta de la sociedad recurrente, ni que haya actuado maliciosamente, pues no se apartó caprichosamente del *iter* comercial iniciado, según se desprende del caso, y más teniendo en cuenta que la jurisprudencia dispone que la buena o mala fe ha de apreciarse en cada supuesto particular. Por otra parte, el documento previo llamado «presupuesto de precios» no es un auténtico contrato, pues no es calificado en ningún momento como tal, sino como «presupuesto», que sólo se limita a recoger unos conceptos y un precio para cada uno de ellos, al que la parte demandada se limitó a dar su conformidad, pero siempre supeditada a la posterior formalización del convenio, que no llegó a realizarse.

LA PRESTACIÓN EN QUE CONSISTE EL GRAVAMEN EN UNA DONACIÓN MODAL ES EXIGIBLE AUNQUE EL CONTRATO NO SEA BILATERAL, Y SU INCUMPLIMIENTO GENERA LA FACULTAD DE EXIGIR, NO SOLO LA REVOCACIÓN, SINO EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO O LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don José Almagro Nosete.

Unos padres donan a su hija la nuda propiedad de varios inmuebles, bajo la obligación impuesta y aceptada por la donataria de convivir con los donantes, asistiéndoles y cuidándoles, entre otros extremos. Ante el incumplimiento de dicha obligación, los donantes demandan la revocación de la donación,

siendo desestimada la demanda al acogerse la excepción de prescripción de la acción revocatoria. Ahora, los donantes vuelven a demandar el cumplimiento del contrato con resarcimiento de los daños y perjuicios. El Juzgado estima la demanda y la Audiencia Provincial, estimando la excepción de cosa juzgada, revoca la sentencia. Los donantes recurren en casación.

El TS estima el recurso al apreciar que la donación modal, propiamente dicha, es la que impone al donatario el cumplimiento de una obligación como determinación accesorio de la voluntad del donante, y, aunque el contrato no es recíproco, pues el gravamen ha de ser inferior al valor de lo donado, la prestación en que consiste el gravamen es exigible y su cumplimiento no queda al arbitrio del donatario. En cuanto al posible ejercicio de la acción, la revocación no es la única facultad que confiere el incumplimiento de la obligación, sino también la posibilidad de exigir el cumplimiento o sus equivalentes indemnizatorios; por tanto, si se desestima la acción revocatoria por otra razón que no sea la de que no hubo incumplimiento —en este caso, la prescripción— se puede acudir a la acción de cumplimiento, sin que actúe aquí la presunción de cosa juzgada por haber diferentes causas de pedir.

EL RETRASO EN EL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO POR CAUSAS NO IMPUTABLES A UNO DE LOS CONTRATANTES NO DA LUGAR A LA RESOLUCION, Y PUEDE DAR LUGAR A LA CONCESIÓN DE UN NUEVO PLAZO PARA CUMPLIR. (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Francisco Morales Morales.

Una persona celebra con una sociedad promotora un contrato de cesión de varios terrenos a cambio de obra, obligándose la promotora a entregar a la cedente un piso y una plaza de garaje en el edificio que se construyera en un plazo expresamente pactado, y a pagar una determinada cantidad en caso de incumplimiento por causas que le fueran imputables. Al carecer de la licencia municipal para construir un edificio de las características requeridas, la promotora presentó al Ayuntamiento un estudio de detalle para poder obtener la correspondiente, con el resultado de que no se pudo finalizar el edificio ni hacer la entrega en el plazo convenido. La cedente demandó a la promotora reclamando la cantidad estipulada para ese caso en el contrato y, en su defecto, la resolución del mismo. El Juzgado desestima la demanda en el sentido de condenar a la promotora a entregar la obra y pagar los intereses legales de la cantidad reclamada. La Audiencia Provincial revoca la sentencia, condenando a la promotora al pago de dicha cantidad. La promotora recurre en casación.

El TS estima el recurso por considerar, entre otros motivos, que está probado que el incumplimiento de la recurrente se debió a causas no imputables a ella debido a la falta de licencia municipal, y además procuró cumplir su obligación, sólo que no le fue posible hacerlo en el plazo convenido por las razones indicadas, pues gestionó la concesión de la licencia adecuada. En virtud de las circunstancias del caso, el TS considera procedente la concesión de un nuevo plazo para realizar la entrega a la cedente.

LA ACCIÓN RESOLUTORIA DE UN CONTRATO BILATERAL DEBE EJERCITARSE EXCLUSIVAMENTE FRENTE A QUIEN HAYA INCUMPLIDO SU OBLIGACIÓN. (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Pedro González Poveda.

Se celebra entre una persona física y otra más, junto con una sociedad constructora, un contrato que ellos llaman de compraventa, consistente en cambiar un bajo comercial por una vivienda. Debido al incumplimiento de los otros dos contratantes dentro de plazo, la dueña del bajo les demandó a los otros, reclamando la resolución del contrato, la mutua devolución de los citados inmuebles y la indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado desestima la demanda, y la Audiencia Provincial revoca la sentencia. Uno de los codemandados, la persona física, recurre en casación.

El TS desestima el recurso, entre otros motivos procesales, porque considera que la acción para atacar el contrato —cuya calificación compete al Juzgador de instancia— que, en este caso, es de permuta, y no un contrato complejo, se encuadra dentro del artículo 1.124 del Código Civil —y no, como alega el recurrente, dentro de la acción rescisoria del art. 1.483 del Código Civil—, apoyándose en la falta de entrega de la cosa prometida en el plazo estipulado por no haberse finalizado la obra a tiempo por la constructora; si dicho incumplimiento es imputable a la parte recurrente, este es el único responsable frente a la otra parte, sin perjuicio de las acciones que pueda tener frente a su codemandada.

EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA EN EL PLAZO SEÑALADO EXTINGUE EL CONTRATO, TENIÉNDOSE POR VERDADERO EL TÍTULO SI LAS PARTES ACEPTAN SUS EFECTOS. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don José Menéndez Hernández.

Una SA demanda a un matrimonio la extinción de la compraventa de un piso, celebrada en documento privado, por no haberse cumplido la condición suspensiva convenida en un plazo determinado, y que se les tenga por precaristas de la vivienda, pidiendo así su desalojo. El Juzgado estima la demanda y la Audiencia Provincial confirma la sentencia. Los demandados recurren en casación.

El TS desestima el recurso al apreciar que el hecho del incumplimiento de la condición —reconocimiento de una deuda anterior— está probado y la extinción del contrato, debido a ello, respaldada por los artículos 1.114 y 1.117 del Código Civil. No se puede alegar la falsedad del documento privado —instrumentada por fotocopia— porque de los actos posteriores al incumplimiento por los demandados se deduce que aceptaron la resolución del contrato, habiendo, por tanto, disfrutado la finca en concepto de precario.

LAS NORMAS REGULADORAS DEL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS NO SON APLICABLES A LOS CASOS DE DEFECTOS EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ARTICULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 23 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Una empresa demanda a otra empresa constructora, de la que era subcontratista, reclamando indemnización por daños y perjuicios. La demandada formula reconvencción, reclamando también indemnización por incumplimiento de la subcontrata por ejecución defectuosa de la obra y abandono de los trabajos. El Juzgado desestima la demanda y estima la reconvencción, y la Audiencia revoca parcialmente la sentencia en cuanto a la cuantía de la indemnización a pagar por la demandante reconvenida, la cual recurre en casación.

El TS desestima el recurso, entre otros motivos procesales, porque la alegación por parte del recurrente de la inaplicación del artículo 1.484 del Código Civil —**porque**, al haber recibido la obra el contratista, representaría una aceptación formal de la ausencia de defectos— está fuera de lugar, ya que el artículo 1.484 del Código Civil se refiere a la compraventa, no al contrato de ejecución de obra, ya que los defectos de construcción no constituyen simples vicios ocultos, cuya acción de saneamiento se extingue a los seis meses, sino defectos tipificables en el artículo 1.591 del Código Civil y no impiden que integren situación de incumplimiento contractual.

LA FIGURA DEL «LEVANTAMIENTO DEL VELO» EN LAS SOCIEDADES DA LUGAR A LA RESPONSABILIDAD DE VARIAS SOCIEDADES QUE TIENEN EL MISMO ADMINISTRADOR. NO SON RESPONSABLES POR CULPA O NEGLIGENCIA LOS ARBITROS QUE HAN EMITIDO UN LAUDO CON RETRASO POR CAUSAS NO IMPUTABLES. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

Una SA demanda a otras dos y a varias personas físicas, reclamando el pago de un canon arrendaticio, la responsabilidad solidaria de varios de ellos e indemnización por daños y perjuicios a dos de los demandados por incumplimiento del mandato arbitral, que dio lugar al fracaso del arbitraje y al proceso judicial. El Juzgado estima parcialmente la demanda, absolviendo a los arbitros, y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. Los demandados condenados recurren en casación.

El TS desestima el recurso, declarando que es un hecho probado en la sentencia recurrida que los arbitros se retrasaron en la emisión del laudo por causas ajenas a su voluntad, y, por tanto, no son responsables por culpa o negligencia. Por otra parte, en cuanto a la responsabilidad de las sociedades demandadas, ésta puede exigirse en virtud de la doctrina del *levantamiento del velo*, según la cual es preciso, en determinadas ocasiones, entrar en el sustrato de ciertas personas jurídicas para impedir que, al amparo de un formalismo legal, se incida en fraude de terceros o se facilite un uso antisocial del derecho; en este caso, la sentencia recurrida declaró probado que el recurrente es

administrador de las dos sociedades recurrentes, y que las operaciones que han dado lugar a este proceso han sido posibles en virtud de esta administración única, dando lugar a la responsabilidad de todos ellos.

EL INCUMPLIMIENTO POR LOS ADMINISTRADORES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA DE LA OBLIGACIÓN DEL ARTICULO 262.5 DE LA LSA DA LUGAR A RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS MISMOS. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Un Banco que tiene la forma de SA demanda a sus Administradores reclamando una indemnización por incumplimiento de varias obligaciones establecidas en la Ley de Sociedades Anónimas por haber caído la sociedad en insolvencia. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia Provincial confirma la sentencia. El Banco recurre en casación.

El TS estima el recurso al considerar que los Administradores incurrir en responsabilidad por haber incumplido la obligación impuesta por el artículo 262-5.º de la Ley de Sociedades Anónimas de convocar la Junta General en el plazo de dos meses, por insolvencia social debida a la falta de pago de deudas por sus clientes, a los fines de adoptar, en su caso, el acuerdo de disolución o no solicitar la disolución judicial de la sociedad, previendo el citado precepto expresamente la responsabilidad solidaria de los Administradores en tal caso.

SI LOS ESTATUTOS DE UNA SOCIEDAD CIVIL DISPONEN QUE TODO ADQUIRENTE DE PARTICIPACIONES INDIVISAS ES SOCIO, SE LE APLICAN LAS DISPOSICIONES PREVISTAS EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN LOS ESTATUTOS. (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don José Menéndez Hernández.

Una sociedad civil demanda a una entidad reclamando una cantidad por el concepto de cuota de gastos de mantenimiento de las cuotas de participación social de que la entidad demandada es titular, entre otros conceptos. La demanda es estimada por el Juzgado, y la Audiencia Provincial confirma la sentencia. La demandada recurre en casación.

El TS desestima el recurso, entre otras razones de carácter procesal, porque, según el artículo 1.º de los estatutos de la sociedad civil demandante y recurrida, los propietarios de participaciones indivisas de una finca constituyen la sociedad civil, y adquieren por el hecho de ser copropietarios la condición de socios, por haberse vinculado el carácter social a la titularidad de las participaciones. Según estos mismos estatutos, los gastos de conservación y mantenimiento corren a cargo de los socios, que han de satisfacer las cuotas oportunas. Por tanto, si la entidad recurrente es titular de participaciones indivisas en la finca, es socia, y como tal, según los artículos 1.689 y correlativos del Código Civil y los estatutos sociales, se le ha de repercutir la cuota proporcional por la utilización de los servicios prestados por la sociedad.

EL CONSORCIO DE COMPENSACIÓN DE SEGUROS SOLO ESTA OBLIGADO POR LEY A SUPLIR LA INOPERANCIA DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS DENTRO DE LOS LIMITES CUANTITATIVOS LEGALMENTE ESTABLECIDOS PARA EL SEGURO OBLIGATORIO. (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El propietario de un camión demanda al Consorcio de Compensación de Seguros en reclamación de una cantidad, basándose en que, debido a un accidente que tuvo con su vehículo asegurado, fue condenado a pagar ciertas cantidades por daños y perjuicios; por entrar en quiebra la Compañía aseguradora, el Consorcio procedió al pago de sus obligaciones en el ámbito y límites del seguro obligatorio, y abonó una suma inferior a aquélla a que fue condenado a pagar el conductor, que ha sido requerido de pago por el resto. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia Provincial revoca la sentencia. El Consorcio recurre en casación.

El TS estima el recurso al observar que la Ley de 24 de diciembre de 1962 y la jurisprudencia estiman que el Fondo Nacional de Garantía sólo está legalmente obligado a suplir la inoperancia de las entidades aseguradoras dentro de los límites cuantitativos legalmente establecidos para el seguro obligatorio, y no lo está a afrontar el pago de indemnizaciones consecuentes a seguros voluntarios.

LA FALTA DE CUMPLIMIENTO POR PARTE DEL VENDEDOR DE SU OBLIGACIÓN DE RECIBIR EL PRECIO ES CAUSA DE RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA. LA VENTA DE UN BIEN GANANCIAL CON EL CONOCIMIENTO DEL OTRO CÓNYUGE ES ANULABLE, NO RADICALMENTE NULA. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Se celebra un contrato de compraventa de tres fincas en documento privado, siendo el vendedor casado y no habiendo consentido su esposa, aunque conoció la existencia del contrato cuando más tarde se le hizo un requerimiento por acta notarial. Los compradores demandan a los vendedores reclamando la elevación a público del contrato, y los vendedores formulan reconvencción en la que piden, uno la resolución, y otra la nulidad del contrato por la citada falta de consentimiento de la esposa. El Juzgado estima la demanda y desestima la reconvencción, y la Audiencia Provincial confirma la sentencia. Los vendedores recurren en casación.

El TS desestima el recurso al apreciar los hechos probados, que acreditan que la parte vendedora se negó a recibir el precio, al no cobrar el talón del primer plazo y al rechazar los otros talones, con el pretexto de que el contrato era nulo, rechazando también el ofrecimiento de pago que le hizo la parte compradora, y que el requerimiento que por acta notarial hizo la parte vendedora a la compradora resolviendo el contrato fue recibida por el portero, sin que se demostrase la fecha efectiva de recepción por el destinatario, lo que no altera su incumplimiento inicial y decisivo, que le priva de la facultad de resolver. Por otra parte, la falta de consentimiento de la esposa, no de su

conocimiento —que tuvo lugar a través de un requerimiento notarial— no hace radicalmente nulo el contrato, sino sólo anulable, y por tanto, subsanable por el consentimiento posterior expreso o tácito.

LA IMPOSIBILIDAD DE DAR A LA COSA VENDIDA LA FINALIDAD PRETENDIDA POR EL COMPRADOR ES INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN POR PARTE DEL VENDEDOR QUE DA LUGAR A LA RESOLUCIÓN YA LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García García.

El comprador de una finca demanda al vendedor, reclamando la resolución del contrato y la indemnización por daños y perjuicios, al no poder destinar el inmueble al uso pretendido —ubicación de un establecimiento comercial— debido a la situación urbanística del mismo y a la falta de dos locales comerciales que se habían determinado en el contrato. El Juzgado estima parcialmente la demanda, declarando resuelto el contrato, pero con el pronunciamiento de que quedaban en poder de los demandados, en concepto de daños y perjuicios, las cantidades percibidas por éstos como precio aplazado. La Audiencia revocó la sentencia, desestimando tanto la demanda como la reconvencción. El demandante recurre en casación.

El TS estima el recurso al considerar que la sentencia impugnada no ha tenido en cuenta que los vendedores debían conocer la situación urbanística de la finca, pues el Plan General de Ordenación establecía como uso característico de la misma el residencial, además de otros concretos, entre los cuales no estaba el que el comprador quería darle, mientras que, por otra parte, la determinación en el pacto de que en el inmueble había dos locales comerciales no correspondía a la realidad. Por tanto, la obligación denunciada en el litigio como incumplida por los vendedores es la referente a la ineptitud del objeto comprado para el uso a que debía destinarse es causa de resolución del contrato e indemnización por daños y perjuicios.

NO PUEDE PROSPERAR LA ACCIÓN DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS SI EL PRETENDIDO DEFECTO ES VISIBLE. EL SIMPLE ERROR EN LOS MOTIVOS NO INVALIDA EL CONTRATO. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don José Menéndez Hernández.

La compradora de un inmueble demanda a los vendedores reclamando la resolución y nulidad del contrato y la indemnización por daños y perjuicios por la existencia de un pozo negro en la finca y por desconocer que ésta se hallaba en terreno no urbanizable, lo que le impide realizar algunas reformas. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia confirma la sentencia. La demandante recurre en casación.

El TS desestima el recurso al considerar que la existencia de un pozo negro no es vicio oculto, porque es un sistema normal de evacuación en construcciones de la antigüedad de la litigiosa en zonas donde no hay red de alean-

tarillado y porque no puede conceptuarse como vicio *oculto* un pozo negro perfectamente visible a seis metros de la casa. Es decir, no hay ningún defecto oculto, porque el pozo es manifiesto y no hace la vivienda inútil. Por otra parte, la suspensión de las licencias para realizar obras se acordó en el Plan General, por el plazo de dos años, el 11 de enero de 1994, y la compraventa privada se otorgó el 5 de noviembre de 1992, además de que el simple error en los motivos no invalida el contrato, sobre todo porque dichos motivos no se hicieron constar en el mismo. Tampoco la suspensión temporal de las licencias es una prohibición de edificar, porque la finca está ya edificada y apta para su ocupación inmediata, por lo que no es aplicable la facultad de rescisión del artículo 45 de la Ley del Suelo.

EL INCUMPLIMIENTO COMÚN DE AMBOS CONTRATANTES HACE IMPROCEDENTE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Una SA demanda a otra, reclamando la resolución por incumplimiento de un contrato de compraventa con indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado desestima la demanda y la Audiencia Provincial revoca la sentencia. La demandada recurre en casación.

El TS estima el recurso, pues considera que el Tribunal *a quo* no tuvo en cuenta que tanto la parte demandada como la demandante incurrieron en mora en el cumplimiento de sus obligaciones respectivas, y la mora para una de ellas no puede comenzar hasta que la otra cumple con su obligación, según el artículo 1.100 del Código Civil, por lo que no procede la resolución ni la indemnización por haber compensación de culpas.

LA JUNTA DE OBRAS DEL PUERTO NO ES RESPONSABLE DE LA DESTRUCCIÓN DE MERCANCÍAS POR EL INCENDIO PRODUCIDO EN LAS DEPENDENCIAS PORTUARIAS, POR NO SER DEPOSITARIA DE DICHAS MERCANCÍAS. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Una Compañía de seguros demanda a la Junta de Obras y a la compañía estibadora de un puerto donde se produjo un incendio que destruyó unas mercancías allí almacenadas, reclamando el importe de las mismas más los procedentes intereses y costas legales. El Juzgado desestimó la demanda y la Audiencia confirmó la sentencia. La aseguradora recurre en casación.

El TS desestima el recurso, aceptando el pronunciamiento del Tribunal de instancia, según el cual la Junta de Obras y la otra demandada no asumieron la condición de depositarias de las mercancías siniestradas, según se establece expresamente en el reglamento por el que se rige el puerto, por lo que no son responsables de los daños, salvo que se hubiesen establecido garantías para las mismas en sus reglamentos particulares de almacenaje, lo que no se ha acreditado hubiera tenido lugar en este caso, y, por otra parte, la tarifa que se paga al respecto da sólo derecho a utilizar las instalaciones del puerto, no a la cons-

titución de un depósito, siendo responsabilidad de los usuarios el cuidado y vigilancia de las mercancías, así como el resarcimiento de los daños causados a las instalaciones portuarias.

LA PRESTACIÓN POR EQUIVALENCIA ORDENADA EN LA EJECUTORIA SUPONE UNA AUTENTICA DEUDA DE VALOR A APRECIAR EN LO EJECUTORIADO. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Un Auto de la Audiencia Provincial confirma el Auto del Juzgado de Primera Instancia que, dando cumplimiento a la ejecutoria, fija una cantidad determinada como prestación por equivalencia que ha de abonar la parte ejecutada por no poderse cumplir *in natura* la obligación, y es recurrido en casación.

El TS estima al recurso al apreciar que, cuando no sea posible el cumplimiento *in natura* de la obligación, se procederá a devolver la prestación que corresponda por equivalencia, es decir, el valor del objeto al momento en que se tenga que consumir el derecho reconocido o tutelado por la sentencia, lo que implica integrar una auténtica deuda de valor, pero que se considere debidamente actualizado en el momento de la satisfacción de ese derecho, lo que en este caso no es posible por haberse vendido la finca objeto de esta obligación a terceros.

M.^a C. C. G.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA APLICACIÓN DEL ARTICULO 43 DE LA LEY PARA FIJAR EL PRECIO DE LA FINCA ES LICITA AUNQUE SEA EL ARTICULO 39 EL QUE SE DEDICA A LA FIJACIÓN DEL PRECIO DE LAS FINCAS RUSTICAS MIENTRAS AQUEL SIRVE PARA VALORAR LOS BIENES DE CUALQUIER CLASE QUE SEAN. NO PUEDEN EXCLUIRSE ALGUNAS FINCAS DEL DERECHO DE ACCESO SI ESTÁN INCLUIDAS EN LA SENTENCIA. (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1995.)

El Juzgado número 2 de Pamplona desestima la demanda, pero la Audiencia Provincial de la misma capital revocó la anterior.

No se admite la casación. El auto del Juzgado acogió el criterio del artículo 43 LE Forzosa para determinar el valor de los inmuebles ya que, de seguirse el del artículo 39 de la misma Ley se llegaría a un precio alejado de la realidad del mercado, pero ello no implica contradicción con el fallo sino la utilización de la facultad que concede el artículo 43 para evitar una valoración injusta, ya que es doctrina de la Sala que no se incurre en extralimitación respecto a lo

que se ejecuta cuando se decide sobre extremos que, aún no contemplados en la resolución a ejecutar son consecuencia natural e ineludible de la situación jurídica examinada en el litigio. El que el fallo mencione sólo el artículo 39 se explica porque es el que dedica la LEF a la determinación del justo precio de fincas rústicas, pero no elimina la posibilidad de aplicar el artículo 43 que es el que fija el valor de los bienes, cualquiera que sea su naturaleza. No se pueden excluir algunas fincas del derecho de acceso a la propiedad si se excluyen en la sentencia, ya que ésta no puede modificarse en la fase de ejecución, pues lo contrario supondría una vulneración del artículo 24 de la Constitución y una modificación, retroactiva e intempestiva de la misma. MANIFESTADA POR EL ARRENDATARIO su voluntad de adquirir, ejercitando su derecho por vía judicial mediante la acción que ampara su legítimo interés, no puede manifestar su falta de interés, una vez que obtiene satisfacción judicial de su pretensión, pues supone vulneración de la doctrina de los actos propios.

EXTINCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—LOSSUCESORES DE LA HEREDERA FIDUCIARIA QUE ARRENDO LA FINCA PUEDEN DAR POR EXTINGUIDO EL ARRENDAMIENTO TRANSCURRIDO EL AÑO AGRÍCOLA EN QUE FALLECIÓ AQUELLA, POR CONSOLIDACIÓN DEL DOMINIO. (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Puertollano estimó la demanda y la Audiencia Provincial de Albacete desestimó la apelación.

No procede la casación. La heredera fiduciaria arrendó a los demandados las fincas y uno de los herederos fideicomisarios, fallecida aquélla, requirió al arrendatario para que tuviera por extinguido el contrato de arrendamiento. La no limitación de la posibilidad de disponer «intervivos» paliaría la dificultad que surgiría a tenor del artículo 12.1 LAR para concertar arrendamientos, pero el concierto de un contrato arrendaticio no desvirtúa los derechos de quienes ostenten expectativas sucesorias sobre los bienes arrendados sino que, por el contrario, han de incluirse estos derechos en la fórmula amplia de otros derechos análogos de goce que el artículo 13 LAR prevé por lo que se ha producido el efecto de consolidación del dominio de las personas designadas como herederos para el caso de que subsistan bienes a la muerte de la fiduciaria, que entonces adquirirían la condición de arrendadores pero sólo durante el correspondiente año agrícola y de ahí su legitimación para ejercitar la acción correspondiente y, en consecuencia ha de entenderse, transcurrido el año agrícola, extinguido el arrendamiento. No se pide por la actora ni se discute en la sentencia la extinción del arrendamiento por finalización del plazo fijado para el arrendamiento, lo que hubiese permitido las prórrogas de los artículos 25 y 26 y exigido los requerimientos que mencionan los recurrentes sino extinción por consolidación del dominio con otros derechos de goce que regula el artículo 13 LAR y que no exige requerimiento alguno.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—SILA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 39 Y 43 DE LA LEF DETERMINA UN VALOR SUPERIOR O INFERIOR AL REAL A JUICIO DEL JUEZ, SE LLEVARA A CABO LA TASACIÓN PARA ENCONTRAR CRITERIOS MAS ADECUADOS AL VALOR REAL DE LA FINCA. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1996.)

El Juzgado de Azpeitia estimó la demanda y la Audiencia Provincial revocó en parte la anterior, en cuanto al precio.

No procede la casación. Se admitió por el Juzgado el derecho de acceso a la propiedad debiendo abonarse la cantidad de 7.752.803 pesetas, y en la apelación la Audiencia modificó este precio fijándolo en 11.174.243 pesetas. La alegación de que los valores fijados por los Organismos oficiales son muy superiores al fijado por la Audiencia no se puede tener en cuenta, ya que la legislación de expropiación forzosa contiene una garantía patrimonial, fijándose en la utilidad pública y el interés social como justificantes de la privación forzosa de la propiedad que es lo que, en realidad, supone el derecho de acceso a la propiedad. Cuando la aplicación de los artículos 39 y 43 de la Ley de Expropiación determinen un valor superior o inferior al real, a juicio del juez, éste llevará a cabo la tasación por los criterios que considere más adecuados, todo lo cual significa que los precios no vienen preestablecidos y se fijarán en cada caso concreto, tratando de hallar el valor real, sin que venga ligado a valoraciones realizadas por órganos administrativos con carácter general, de manera que la búsqueda de ese valor real mal puede conculcar el principio constitucional de igualdad ante la Ley y es reconocido por reiterada jurisprudencia de esta Sala.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO SE EXCLUYE LA CONDICIÓN DE CULTIVADOR PERSONAL POR EL HECHO DE QUE EL ARRENDATARIO SEA PENSIONISTA DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR INVALIDEZ PERMANENTE DEL MISMO. (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Chiclana estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No se admite la casación. Se argumenta en el recurso que el actor no tiene la condición de cultivador personal, ya que su situación de pensionista de la Seguridad Social no dimana de su jubilación por edad, sino de haber sido declarado inválido con invalidez absoluta. Pero hay numerosas sentencias que declaran compatible la condición de cultivador personal y de pensionista de la Seguridad Social y no cabe limitar esa compatibilidad a quienes sean PENSIONISTAS POR EDAD, EXCLUYENDO A LOS DECLARADOS INVÁLIDOS, ya que es factible la explotación de los predios tanto por sí como valiéndose de la ayuda de familiares, sin utilizar asalariados más que circunstancialmente. Así lo reconocen las sentencias de 28 de enero de 1988 y de 18 de diciembre de 1993, refiriéndose la primera de ellas al supuesto de invalidez permanente, que si ciertamente puede impedir el desempeño material de las faenas agrícolas o al menos de la mayor parte de ellas, no es obstáculo para que pueda llevar la explotación con ayuda de sus hijos. En el presente caso se declara probado que el actor cultiva la finca en unión de una cuñada y de una hija, residiendo todos ellos en la vivienda que se halla en la finca, sin que tal dato de hecho resulte desvirtuado por el recurrente, por lo que no cabe negar al actor la condición de cultivador personal que, en unión de los demás requisitos legales que concurren en el caso, le habilitan para acceder a la propiedad de la finca arrendada, como establecen las sentencias de las instancias.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL INFORME DEL PERITO NO DEMUESTRA QUE LA FINCA TENGA UN VALOR SUPERIOR EN VENTA AL DOBLE DEL PRECIO QUE CORRESPONDE A LAS DE SU MISMA CALIDAD O CULTIVO EN LA COMARCA. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1996.)

El Juzgado número 3 de Bilbao estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No se admite la casación. Alega el recurrente que las circunstancias que se deducen del informe pericial hacen pensar en la aplicación de la causa 3.^a del apartado 1.º del artículo 7 LAR, excluyente de la legislación especial arrendaticia, ya que la Diputación Foral de Vizcaya es propietaria de la otra mitad del caserío, la finca se considera como rural con edificación tolerada y, a efectos de plusvalía, el Ayuntamiento tiene establecido para los terrenos un índice de 900 pesetas metro cuadrado, pero esta Sala ha declarado que la finca ha de tener en su valor de venta un incremento en la cuantía, por cualquier circunstancia ajena a su destino agrario, y que se precisa constancia del que tengan las de su misma especie y calidad. Por otra parte, el contenido del informe no es propiamente materia de casación y es de libre apreciación por el Juez, según las reglas de la sana crítica. El perito, por otra parte, no alegó que la finca tuviese un valor superior en venta al doble del precio que correspondiese a las de su misma calidad o cultivo en la comarca, ya que tan sólo se refirió a criterios de valoración agrícola. En la sentencia se dijo que en ejecución de la misma se fijaría el precio de venta atendiendo al valor real de los bienes, conforme al artículo 43 LEF, observándose así lo dispuesto por el artículo 99 LAR, que podrá o no coincidir con el valor de mercado asignado por el perito, sin contar con que el valor real podrá ser objeto de concreción en la fase de ejecución. Esta es una solución técnicamente viable en la ejecución y permitida procesalmente, en cuya fase se podrá resolver cualquier duda acerca de la determinación del objeto arrendado, sin que quepa equiparar la aludida fase a un nuevo juicio, por lo que el Tribunal *a quo* no infringió el artículo 359 LEC y la jurisprudencia concordante.

Arrendamientos urbanos

RETRACTO.—NO COINCIDE LO VENDIDO CON EL OBJETO DEL ARRENDAMIENTO, YA QUE LA NAVE ES PARTE DEL SOLAR SOBRE EL QUE SE HA CONSTRUIDO LA NAVE. (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1995.)

El Juzgado número 19 de Madrid estimó la demanda parcialmente, pero revocó la anterior la Audiencia Provincial.

No procede la casación. Funda el primer motivo del recurso en el acta levantada con ocasión de la celebración de la prueba de reconocimiento judicial, siendo reiterada la jurisprudencia que dice que no es documento hábil para sustentar el recurso. La nave respecto a la cual admite el Juzgado el retracto no es independiente del solar, sino que se trata de una edificación sobre parte del mismo. La más reciente doctrina de esta Sala declara que si no coincide lo vendido con lo arrendado, no nace la acción de retracto arrendaticio.

RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO.—EL CONTRATO DE 1986 NO ES CONTINUACIÓN DEL DE 1930, SINO OTRO AUTÓNOMO, POR LO QUE NO CABE LA PRORROGA FORZOSA QUE SE PRETENDE. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado número 7 de Logroño estimó la demanda, y la Audiencia confirmó.

No procede la casación. El actor notificó al arrendatario del LOCAL por vía notarial la extinción de la vigencia del arrendamiento tras cuatro prórrogas anuales tácitas, a tenor de la cláusula 2.^a de dicho contrato, a cuyo fin se le hacía saber la intención de la sociedad arrendadora de no prorrogar el contrato y darlo por resuelto. Los documentos alegados por el recurrente no fueron tenidos en cuenta por la primera instancia ni se hizo referencia a ellas en el término de seis días que fueron concedidos por providencia de 11 de julio de 1991, por la Sala de apelación, sino varios meses después, con lo que habían precluido todos los plazos que la Ley prevé para la defensa de las partes y su presentación en este recurso extraordinario comportaría la alegación de un hecho nuevo que no se puede admitir y además estos documentos debían estar en poder del recurrente desde el primer momento. Por otra parte, dichos documentos no prueban la intervención ni el consentimiento de la propiedad y menos aún auspician la idea de una posible continuación del contrato de 1930 por el de 1 de enero de 1986, cuya autonomía queda contrastada, por lo que en el peor de los casos sería una novación extintiva del de 1930 y no subrogación ni traspaso, dados los términos antagónicos en que se desarrolla la literalidad de ambas. La pretensión del recurrente es que el contrato de 1986 sea una continuación del de 1930, y así mantener la prórroga forzosa del artículo 57 LAU. Pero la interpretación del contrato de 1986 dice que la duración de un año prorrogable, salvo rescisión a instancia de cualquiera de las partes, previa notificación fehaciente en un plazo de quince días anterior a su vencimiento, demuestra la intención concorde de ambos de no someterse a la prórroga forzosa del artículo 57 LAU, sino al artículo 9 del RDL de 30 de abril de 1985.

REVISIÓN DE RENTA.—EL MERO ABONO DE LAS RENTAS RECLAMADAS SIN ACEPTACIÓN PREVIA DE SU CUANTÍA, NO ES SUFICIENTE PARA APLICAR LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS, YA QUE ESTA NO ES APLICABLE CUANDO ESTÁN VICIADOS POR ERROR. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1995.)

El Juzgado número 4 de Oviedo estimó la demanda, y la Audiencia Provincial confirmó.

No se admite la casación. Se condenó al demandado a abonar a la demandante una suma por el concepto de devolución o reintegro de cantidades pagadas con exceso por error en el cálculo del incremento del importe de la renta en aplicación de la cláusula 4.^a del contrato de 15 de octubre de 1981. No puede admitirse la doctrina de que nadie puede ir contra sus actos propios, ya que el mero abono de las rentas reclamadas, sin aceptación previa de la cuantía de su elevación, no es suficiente al efecto pretendido al no concurrir los requisitos exigidos jurisprudencialmente. Además, la doctrina jurisprudencial prohíbe ir contra sus propios actos que definan claramente su

posición o situación jurídica sobre el presupuesto de que sean válidos en Derecho, por lo que no procede su alegación cuando tales actos están viciados por error, que es lo que sucede en este caso. Ha de rechazarse, en conclusión, la posibilidad de que el mero pago de lo indebido reúna la condición de acto propio en el sentido de la jurisprudencia. Dice el recurrente que no mediando la notificación previa al arrendatario del aumento de la renta amparándose en una cláusula de estabilización, ninguna obligación tenía el arrendatario de satisfacer una merced que, sin embargo, se le puso al cobro, pero la realidad es que no es aplicable el artículo 101 LAU a este supuesto, sino que los aumentos consecutivos a la revisión, pactada en el contrato, se girasen por la arrendadora, sin notificación previa y en cuantía improcedente, lo cual impide aplicar lo dispuesto en el precepto para el caso de aceptación tácita. Lo decisivo es que la percepción de rentas en cuantía superior a la procedente, según el contrato, y no aceptada por el arrendatario constituye cobro de lo indebido que obliga a la restitución de lo cobrado por error y sin justificación alguna.

REVISIÓN DE RENTA.—SE FUNDA EL RECHAZO DE LA REVISIÓN DE RENTA PRETENDIDA EN LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN Y EN LA INALTERABILIDAD DE LOS INCREMENTOS EFECTUADOS REGULARMENTE Y DE ACUERDO CON LA CLÁUSULA DE ESTABILIZACIÓN PACTADA. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1995.)

El Juzgado número 24 de Barcelona desestimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No procede la casación. En el contrato se establece una cláusula por la que se convenía la revisión cada dos años, acomodándose a las variaciones del coste de la vida de acuerdo con los índices de la Dirección General de Estadística, tomando como base el existente en la fecha de este contrato. Ni el Juzgado ni la Sala han negado la existencia de la cláusula de estabilización comprendida en el contrato inicial ni el mecanismo regulador derivado de su aplicación, pero lo que pasa es que la sentencia recurrida ha tenido en cuenta otras razones para desestimar la acción revisora: prescripción de la misma, inobservancia de los Decretos-leyes de 1975 a 1980, limitadores de los incrementos de renta e inalterabilidad de los incrementos efectuados regularmente y de acuerdo con la cláusula de estabilización pactada. En cuanto a la aplicación indebida de los Decretos-leyes enumerados, hay que tener en cuenta que su aplicación no cambiaría el sentido del fallo recurrido, pues continuarían subsistentes las restantes razones que se tuvieron en cuenta para desestimar la pretensión del recurrente. Desde 1980 a 1990, según el recurrente, no habían transcurrido los quince años que fija el artículo 1.964 del Código Civil para la prescripción, pero hay que tener en cuenta que el primitivo contrato era de 1965, en el que aparecía la cláusula estabilizadora, y la interdependencia entre este contrato y el de 1980 se infiere claramente del pacto 2.º del contrato de 1980. Por otra parte, la jurisprudencia de esta Sala dice que se reputan inalterables las revisiones de renta ya realizadas por mutuo acuerdo de las partes (sentencias de 23 de junio de 1986 y de 20 de julio de 1989). Aún cuando los incrementos de renta adoleciesen de error, sus consecuencias no pueden repercutir sobre el arrendatario, quien ha cumplido con la obligación que le correspondía según el artículo 1.555 del Código Civil.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—LA CASACIÓN PARA LOS ARRENDAMIENTOS DE LOCAL SOLO SE ADMITEN SI LA RENTA EXCEDE DE 500.000 PESETAS, PERO LOS OCUPADOS POR ENTIDADES BENEFICAS, DEPORTIVAS O SIN FINES DE LUCRO, SE ASIMILAN A LOS DE VIVIENDAS. (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1995.)

El Juzgado número 5 de Alicante estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No procede la casación. El contrato estaba sometido al artículo 9 del Real Decreto 2/1985, y había transcurrido la duración de tres años, pactada como mínimo en relación con los artículos 1.566 y 1.581 del Código Civil, a cuyos efectos practicó el requerimiento notarial y además, según el artículo 122 LAU, se somete a los locales ocupados por entidades benéficas, deportivas y sin fin de lucro, a las normas del contrato de inquilinato. El artículo 135 LAU sólo admite la casación para los locales cuyo arrendamiento exceda de 500.000 pesetas anuales, pero teniendo la consideración de viviendas estos locales, es llano que no procede el recurso, sin que sea óbice el que fuera admitido a trámite, ya que los motivos legales en que se funda la inadmisión de un recurso son pertinentes al resolver el mismo para desestimarlos, aun cuando se hubiera admitido antes a trámite dicho recurso.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO.—LA DEMANDANTE CONOCÍA SOBRADAMENTE EL DOMICILIO DEL DEMANDADO POR SUS RELACIONES CONTRACTUALES CON EL, AUNQUE SE AUSENTARA DEL MISMO O NO RESIDIERA PERMANENTEMENTE EN EL. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1995.)

La Audiencia Provincial de Barcelona admite el recurso de audiencia entablado contra la sentencia del Juzgado número 33 de Barcelona, dictada en rebeldía del demandado, declarando la resolución del contrato.

No se admite la casación. La demandante, al negar conocer el domicilio del demandado, acudió a la citación y emplazamiento por edictos sin intentar la citación ordinaria, dando lugar a la indefensión del demandado, teniendo en cuenta que toda la documentación y correspondencia emanada de la propiedad y dirigida al inquilino, cursada desde abril de 1988 a febrero de 1990, se dirige y es recibida por el demandado en el domicilio de autos, domicilio que ratifica como del demandado, cualquiera que sea el grado de intensidad de su ocupación, la misma policía judicial. En los recibos, a pesar de su domiciliación bancaria, consta como domicilio del demandado el mismo y en éste recibía toda la correspondencia a él dirigida. La sentencia recurrida no declara en puridad la residencia efectiva del demandado en este domicilio sino que éste era conocido por la demandante y era lugar adecuado para que llegaran a él las comunicaciones y, obviamente, la declarada por la Sala de instancia en cuanto a la audiencia impetrada no puede ser afectada por la resolución contractual de la sentencia dictada en rebeldía y su **fundamentación**. Es principio reconocido por el Tribunal Supremo el de tutela judicial, reconocido en el artículo 24 de la Constitución, respecto de la indefensión, en relación con el cumplimiento de los emplazamientos, estando claro que no se debió realizar mediante edictos en tanto no se hubiese intentado en el piso arrendado y

no hay caducidad de la acción cuando la situación creada determina la indefensión.

C. R. R.

D) FAMILIA

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD. PRUEBA BIOLÓGICA.—ARTÍCULOS 39 DE LA CONSTITUCIÓN, 127, 133, 134 Y 154 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1999.)

Absuelto el demandado de la pretensión de paternidad no matrimonial solicitada por la actora, por el Juzgado de 1.^a Instancia número 13 de Madrid, la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de esta capital revocó la sentencia del Juzgado declarando la paternidad pretendida, fundada en el resultado positivo que dieron las pruebas biológicas practicadas en esta segunda instancia, que no pudieron llevarse a cabo en la primera por incomparecencia del demandado. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el padre demandado y apelado, que aducía la falta de personación de los hijos que durante la tramitación del procedimiento habían alcanzado la mayoría de edad, argumento que se rechaza aduciendo que, como ya declaró la sentencia de 29 de abril de 1994, la legitimación activa de la madre para reclamar se base en su evidente interés jurídico, apoyado no sólo en una inequívoca relación de naturaleza moral y física, sino en el Derecho positivo vigente y en la jurisprudencia de esta Sala. Así, las sentencias de 5 de noviembre de 1987, 10 de marzo de 1988 y otras, sientan claramente la legitimación *ad causam*, basada en los artículos 133 y 134 del Código Civil para reclamar la filiación extramatrimonial por partir de supuesto de paternidad biológica, declarándose expresamente la legitimación de la madre, de acuerdo con el artículo 134 del Código Civil, del que deriva o se reconoce el interés legítimo protegido por la Constitución (art. 39).

MENOR DE EDAD. DERECHO DE RELACIONARSE CON LOS ABUELOS.—ARTÍCULOS 154, 156 Y 160 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Los abuelos maternos del menor interponen demanda contra el padre viudo en solicitud de que su nieto pueda pasar con ellos un fin de semana al mes, poderse comunicar telefónicamente y tenerlo consigo quince días en las vacaciones de verano y una semana en las de Navidad. El Juzgado de 1.^a Instancia número 2 de Alcalá de Henares desestimó la demanda, mientras que la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid estimó parcialmente el recurso de apelación reconociendo a los abuelos el derecho de relacionarse con su nieto estableciéndose como mínimo y en la coyuntura de desacuerdo con el padre de dicho menor, el primer fin de semana de cada mes desde las

once horas del sábado a las veinte horas del domingo en el que los abuelos podrán llevarse al nieto a casa y una semana en verano, que igualmente a falta de acuerdo, será en los años pares la primera semana de julio y en los impares la primera semana de agosto.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el padre del menor, pues «difícilmente se puede argumentar que vetar esta relación personal con los abuelos beneficia al hijo y nieto de ambos, respectivamente; más bien, aparece a lo largo del proceso el interés del padre para alejar a su hijo de aquéllos que, necesariamente, pueden ubicarle en la cotidiana realidad de su madre, ya irremediablemente perdida, pero cuyo recuerdo no se puede pretender hurtar a la memoria del hijo como factor fundamental para el desarrollo de su personalidad». Debe recordarse, además, que conforme resulta de la sentencia recurrida, el régimen establecido tiene carácter subsidiario, en defecto, por tanto, de acuerdo con los abuelos para consensuar las relaciones con su nieto. Como ya razonó la sentencia de esta Sala, de 11 de junio de 1996, «ninguna justa causa impide las relaciones personales entre el menor y sus abuelos paternos. Antes bien, este tipo de relaciones que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad, o sea, no respondan a patologías o ejemplos corruptores». Al tiempo, ha de tenerse presente, que, como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996, no se discute en el mismo una cuestión jurídica, sino unos hechos, cuales son las circunstancias más favorables al menor, a valorar por los Tribunales de instancia y, por ello, sin acceso a la casación. En suma, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de junio de 1998, que pondera la formación integral y la integración familiar y social del menor, debe mantenerse que las medidas que los jueces pueden adoptar, «ex artículo» 158 del Código Civil, se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente **paterno-filiales**, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso, o después de cualquier procedimiento, conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, aplicable retroactivamente por cuanto se ha dicho; por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas Convenciones Internacionales vinculan a España (ver Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990). Por ello, decae el motivo.

FILIACIÓN NO MATRIMONIAL POSESIÓN DE ESTADO.—ARTICULO 135 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1998.)

Ejercitada por la mujer acción de reconocimiento de paternidad, desestimada su demanda por el Juzgado de 1.^a Instancia número 2 de Getafe, y confirmada la sentencia por la de la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Eduardo Fernández-Cid de Temes, declara no haber lugar al recurso de casación.

El demandado falleció antes de que pudiera practicarse la prueba biológica, a la que se mostraba dispuesto favorablemente, por lo que la actora se basa en la posesión de estado que el Tribunal Supremo no estima acreditada, declarando que en orden a la interpretación del artículo 135 del Código Civil es reiterada y uniforme la doctrina de esta Sala de que se admiten dos clases de pruebas acreditativas de la filiación, cuales son las directas, entre las que figuran las heredo-biológicas, antropomórficas o hematológicas, y las indirectas o presuntivas, de las que el citado precepto hace una enumeración abierta o *ad exemplum*, encontrándose entre ellas la posesión de estado que se alega, pero debiendo destacarse que ese carácter presuntivo, como convicción personal del Juez, es el que justifica con mayor fuerza su valoración en conciencia, facultándole en cada caso concreto para obtener la consecuencia más adecuada al conjunto de la prueba practicada, conforme a un principio de oportunidad que ha de entenderse, en consecuencia, como oportunidad reglada, que rechaza la arbitrariedad, pero no la libre facultad valorativa del Juzgador, de manera que siendo esencialmente la posesión de estado una situación fáctica de singular relevancia en materia de filiación, a partir de la reforma de 13 de mayo de 1981, que consiste, básicamente, en el concepto público en que es tenido un hijo con relación a su padre natural, cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de la familia, la estimación de su existencia o inexistencia corresponde a los tribunales de instancia como cuestión de hecho.

FILIACIÓN. RECLAMACIÓN DE MATERNIDAD. CONSENTIMIENTO ANTICIPADO PARA LA ADOPCION.—ARTICULO 177.2.º DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

Es nulo el consentimiento para adoptar prestado por la madre antes de los treinta días siguientes al parto.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la madre actora y apelada contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén que había revocado la del Juzgado de 1.ª Instancia número 5 de esta ciudad.

La actora dio a luz en el Hospital de Linares una niña. Previamente a su alumbramiento suscribió un documento en la Delegación Provincial de Jaén de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía, en el que manifiesta estar de acuerdo y ponderando las circunstancias concurrentes —familiares, sociales, emocionales y económicas— estima que no podrá hacerse cargo de su futuro hijo, y ante ello, hace renuncia anticipada del mismo, una vez que nazca, en favor de la entidad pública, a los efectos de su guarda inmediata al parto, acogimiento familiar y adopción, en el marco establecido en la Ley número 21/1987, de 11 de noviembre, prestando su consentimiento expreso para la efectividad de todos estos actos, manifestando asimismo haber sido informada de sus derechos y de las consecuencias de su renuncia; y anticipando su asentimiento a la adopción, que adquiriría plena validez «transcurridos treinta días desde la fecha de nacimiento del menor». En la base de tal renuncia se consignaba su voluntad de mantener oculta su identidad, tanto a los efectos registrales civiles (art. 167 del Reglamento del Registro Civil), como en el procedimiento de acogimiento y adopción, en sus fases adminis-

trativa y judicial, que debería tramitarse respecto del nacido, «como si de un menor desamparado y de padres desconocidos se tratase».

La diligencia acordada para mejor proveer, a fin de facilitar al Tribunal el nombre y completa identificación de la niña, no fue atendida por la antedicha Delegación de Jaén, resaltando el Tribunal Supremo que la falta de colaboración de la Administración autonómica demandada, con el «poder judicial», resulta patente, con infracción de lo dispuesto en el artículo 118 de la vigente Constitución Española que considera obligado que se preste la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso. Pero, además, esta falta de colaboración no es explicable, ni está justificada, pues, ni la alegada renuncia al cumplimiento de sus deberes por la madre es válida, ni son de recibo posibles interpretaciones anticonstitucionales de las disposiciones reglamentarias sobre el Registro Civil. En efecto, en la comparecencia documentada, ya referida, la renuncia anticipada —con un mes y medio de antelación— a unos derechos-deberes expectantes, pugna expresamente con lo dispuesto en el artículo 177-2.º del Código Civil, respecto de los consentimientos exigibles para la eficacia de la adopción, que claramente determina que el «consentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto». Esto es, como remarca el fiscal dictaminante en el presente recurso, el último párrafo del artículo 177-2.º concretamente el cuarto, dispone imperativamente que «el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto». El sentido de este precepto es meridiano. No existe viabilidad alguna de que el asentimiento a la adopción pueda ser prestado con antelación al parto, y ni siquiera en el período de treinta días computados desde el parto, ya que necesariamente debe manifestarse una vez transcurrido ese tiempo, es decir, el día treinta y uno, y nunca con anterioridad al momento del parto. Desde esta interpretación, nuestra conclusión resulta unívoca: el asentimiento que doña M. V. M. prestó en 24 de septiembre de 1991 ante la Delegación Provincial de Asuntos Sociales de Jaén resulta radicalmente nulo por su patente contradicción con una norma imperativa, consignada en el último párrafo del artículo 177-2 del Código Civil. Las razones de esta cautela legal se explican por la necesidad de garantizar la concurrencia plena de las facultades esenciales de libertad y conciencia en la madre biológica, para calibrar y ponderar detenida y serenamente la abdicación del ejercicio de su maternidad con la cesión en adopción del niño. Y si en el texto legal se habla del período *post-parto* de treinta días, para que la recuperación de la madre sea plena física y psíquicamente, debe reconocerse que la situación personal, familiar, social y económica de la actora, cuando suscribió anticipadamente el documento de cesión, no era la más idónea para la ponderación de su asentimiento, que si pudo servir inicialmente para el acceso de la niña al acogimiento familiar, resultaba insuficiente y contrario a la ley en cuanto a la adopción, dada la configuración y trascendencia legal de la institución. El efecto de la contravención a una norma imperativa no es otro que la nulidad de pleno derecho (art. 6-3 del Código Civil). La entidad del vicio es de tal naturaleza que se extiende a todo el contenido del documento, concebido en atención a la obtención expedita (y, desde luego, *contra legem*) de la autorización para adoptar, máxime cuando la identidad de razón para estimar inválido el consentimiento anticipado subsiste, conforme al artículo 173 respecto del acogimiento. El propio órgano *a quo* viene a reconocer los escasos márgenes de libertad de la madre al suscribir el acta de la «comparecencia» al establecer que ésta intentaba «ocultar por todos

los medios su embarazo, dadas sus circunstancias personales y estado de viudez que hacían que se hallase afectada socialmente en su intimidad y honorabilidad».

PATERNIDAD NO MATRIMONIAL. EXCLUSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD AL PADRE. (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Marina Martínez-Pardo, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante y apelante, conforme a los siguientes fundamentos que distinguen entre privación y exclusión de la patria potestad.

La cuestión suscitada en este recurso se limita a decidir sobre la corrección legal del pronunciamiento, según el cual la Sala de la Audiencia confirma al Juez de Primera Instancia que junto a otras decisiones ya firmes, tomó la que literalmente dice, «ejerciéndose la patria potestad tan sólo por doña María Luz Arenal Velasco». Decisión que funda en que siendo deseable que todo hijo disfrute de las figuras de su padre y de su madre, «no procede acceder a las pretensiones de la actora en el punto de privar al demandado de la patria potestad del menor».

Esta decisión, confirmada por la Audiencia, es la respuesta judicial a la petición contenida en el suplico de la demanda, que literalmente dice: «excluyendo expresamente al demandado del ejercicio de la patria potestad y demás derechos que ostente todo padre por ministerio de la ley respecto del hijo o sus descendientes...».

No existiría cuestión si no hubiera interpretado la Audiencia el contenido del artículo 111 del Código Civil, según el cual «Quedará excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias, el progenitor ... 2.º Cuando la filiación ha sido judicialmente determinada contra su oposición». Para la Audiencia no hubo oposición suficiente, puesto que no apeló la declaración de paternidad, y añade que no puede confundirse el efecto legal prevenido en el artículo 111 del Código Civil con la privación de la titularidad de la patria potestad.

Un análisis ponderado de los textos legales nos permite afirmar que excluir de la patria potestad a quien no la ejerció, por no ser padre declarado del menor, no equivale a privarle de la patria potestad, concepto que comporta haberla ejercitado incurriendo en causa suficiente.

El derecho derogado por la Ley de 13 de mayo de 1981, distinguía entre privación y suspensión de la patria potestad. El régimen vigente a partir de dicha ley, tras establecer en el artículo 169 las causas de extinción de la patria potestad, establece en el artículo 170 la posible privación total o parcial de la potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, o dictada en causa criminal o matrimonial, añadiendo que en beneficio e interés del menor, los Tribunales pueden acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiera cesado la causa que motivó la privación.

En este régimen pues, junto a la privación se instaura la figura de la exclusión del ejercicio de la patria potestad. Esta figura se impone por ministerio de la ley, no por sentencia, y eso es lo que pidió la demandante en su demanda, y no le concedieron ni el Juzgado ni la Audiencia, pero por no distinguir ambas figuras.

La exclusión se produce cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no busca salir de dudas extrajudicialmente, y demandado no se allana a la pretensión, bien que, como no podrá ser de otro modo, acepta la decisión judicial tras seguir el proceso.

No se diga que la solución que surge de esta interpretación legal perjudica al menor, cuyo interés debe ser siempre prevalente, puesto que la exclusión del ejercicio no equivale a privación; basta leer el artículo 111 cuando concluye que sobre los padres excluidos del ejercicio «quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos», y con el cumplimiento de tales deberes y el ejercicio materno de la patria potestad, queda cubierto el interés preponderante del menor; amén de que las restricciones podrán cesar, como también prevé el citado artículo 111.

PATRIA POTESTAD. PRIVACIÓN. GUARDA DE HECHO.—ARTICULOS 39.3 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y 92, 154, 170 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1999.)

El interés del menor es informante tanto de la privación de la patria potestad como de su mantenimiento.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandante y apelada contra la sentencia de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Lérida que había revocado la del Juzgado de 1.^a Instancia número 6 de esta ciudad.

Los hechos probados son los siguientes:

«El demandado aceptó de hecho apartarse totalmente de la vida de su hija, a partir de la circunstancia nada despreciable de que ésta quedaba a cargo, no de sus suegros o de sus cuñados, sino de su madre». La integración del relato fáctico se completa con los siguientes extremos: 1) Estando la madre todavía en gestación de la menor, los cónyuges y progenitores se separaron de común acuerdo. 2) El demandado se desentendió de su futura prole, sin que se fijara régimen de visitas, ni pensión alimenticia. 3) No asistió ni al nacimiento, ni al bautizo de la hija. 4) Tampoco, ya nacida, intentó el cumplimiento de sus deberes paterno-filiales. 5) Fallecida la madre que padecía una grave enfermedad, la menor continuó conviviendo con sus tíos, que se hicieron cargo de ella y de las atenciones y cuidados requeridos por ésta. 6) Al poco del fallecimiento, el padre recabó el ejercicio de sus derechos sobre su hija, cumplidos ya los dos años.

El Tribunal Supremo estima que «no puede soslayarse que durante dos años, en situación en que la gravedad conocida de la enfermedad que padecía la madre, hacía más patente el desinterés del padre, éste de *facto* hizo abandono de sus deberes paterno-filiales, que, como tales, jurídicamente son irrenunciables, mientras la menor se integraba en su propio beneficio en el ámbito convivencial y familiar de sus tíos maternos. En este último sentido cabe ponderar, en discrepancia, con la sentencia recurrida, y conforme con los argumentos de la sentencia de primera instancia, que el incumplimiento de los deberes del progenitor fue causa de la integración de la niña en la familia

de su madre a través de ésta y de su hermana y marido (los actores). En definitiva, tal hecho ha determinado que hoy en día la niña sólo conozca como padres a éstos y no a otros, resultando del informe de los servicios del «SAOS» la integración de la menor en el núcleo familiar de los actores en el que satisfacen todas sus necesidades, tanto físicas y materiales como afectivas. En consecuencia, aquel incumplimiento de deberes debe calificarse como grave, pues no se puede olvidar que la «separación de los cónyuges, no exime a los padres de las obligaciones para con los hijos» (art. 92 del Código Civil), de manera que el incumplimiento de estos deberes puede dar lugar a la privación de la patria potestad y, por ello se acoge el motivo, lo que exime del examen del segundo por inútil.

Y concluye que «es constante la jurisprudencia de la Sala que concibe la institución de la patria potestad en beneficio de los hijos». Consecuentemente, si como resulta de la prueba practicada, el interés de la menor se satisface de mejor modo en su actual ámbito familiar, debe prevalecer este interés sobre un ejercicio *a fortiori* de la patria potestad, dándose, como se dan, los incumplimientos graves de los deberes inherentes a la misma.

IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD MATRIMONIAL.—ARTÍCULOS 116, 136, 138, 141 DEL CÓDIGO CIVIL, Y 14 DE LA LEY DE FILIACIONES DE CATALUÑA. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El plazo de caducidad del artículo 136 del Código Civil enerva la posibilidad impugnatoria de la acción de reconocimiento o de impugnación de la paternidad matrimonial ejercitada tras más de veinte años desde la inscripción en el Registro Civil.

El Tribunal Supremo, conforme en este punto con las sentencias del Juzgado de 1.ª Instancia número 8 de Gerona, y la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de esa ciudad, en ponencia del Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, es tajante en este punto declarando que habida cuenta, la taxatividad del artículo 136 del Código Civil, no cabe duda de que el marido sólo podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año, contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil, salvo que ignore el nacimiento, y que la inscripción registral de la filiación, amparada en una presunción legal, como es la del artículo 116, es plenamente válida y eficaz en tanto no se accione contra ella por la vía impugnatoria prevenida en el artículo 136, acción ésta que se encuentra condicionada a su ejercicio dentro del plazo señalado en dicho precepto —un año contado desde la inscripción en el Registro Civil—, plazo que es de caducidad por razones obvias de seguridad jurídica en las relaciones paternofiliales.

FILIACIÓN NO MATRIMONIAL. POSESIÓN DE ESTADO.—ARTÍCULO 131 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1998.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara no haber lugar al recurso de casación

interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Málaga, que confirmó la del Juzgado de 1.^a Instancia número 10 de esa ciudad, dando por probada la posesión de estado de hijos no matrimoniales de los actores, teniendo principalmente en cuenta el resultado de la prueba testifical practicada en la instancia, toda vez que ambos progenitores habían fallecido.

PATRIA POTESTAD. GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS MATRIMONIALES.—ARTÍCULOS 14 Y 32 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, 154 Y 159 DEL CÓDIGO CIVIL.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado y apelante contra la sentencia de la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de La Coruña, que había confirmado la dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia número 1 de Betanzos, declarando que tratándose en el presente caso de decidir a cuál de los dos padres ha de encomendarse la guarda y custodia de las niñas de ocho y quince años de edad, lo normal es que en tales condiciones de sexo y edad se le encomiende a la madre, salvo que concurran circunstancias excepcionales que aconsejen entregarlas al cuidado paterno, lo que no sucede en el presente caso y sin que la preferencia de la madre pueda tacharse de discriminatoria por razón del sexo.

ALIMENTOS. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1999.)

Decretada primero la separación y luego la nulidad del matrimonio por sentencia firme, así como que el hijo, cuyos alimentos fueron satisfechos por el marido, que resultó no ser su padre en virtud de la prueba sanguínea, tanto la sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia número 63 de Madrid como de la Sección 21.^a de la Audiencia Provincial de esta capital, declararon la improcedencia de la devolución al marido de las cantidades satisfechas por los alimentos de quien no resultó ser hijo suyo. El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación porque de los hechos probados resulta que no ha existido una conducta dolosa en el comportamiento de la esposa en torno a ocultar a su marido la identidad del verdadero padre del menor nacido dentro del matrimonio.

COMENTARIO

Es curioso que la representación del padre no alegue el artículo 1.895 del Código Civil, sino que toda su argumentación gire en torno a la posible culpa, negligencia o dolo conforme al artículo 1.902 por la madre. Es posible que el resultado del pleito hubiera sido otro de haberse enfocado bajo el prisma del pago de lo indebido, pues la repetición en este caso parece que no exige

ningún requisito de tipo subjetivo, sino únicamente la circunstancia puramente objetiva del error, sufrido en este caso por el supuesto padre.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. LIQUIDACIÓN. ATRIBUCIÓN PREFERENTE DEL LOCAL PROFESIONAL.—ARTÍCULO 1.406.3.º DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, que había revocado parcialmente la del Juzgado de 1.ª Instancia número 3 de dicha población, la cual confirma íntegramente. En ella, el Juzgado había atribuido al actor el piso en el que se ubicaba su despacho de letrado en ejercicio, mientras que la Audiencia había adjudicado también al mismo el piso superior, donde actualmente ejerce la profesión, debido a incendio en el anterior piso.

MATRIMONIO CIVIL NULO. BUENA FE. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Declarada la nulidad del matrimonio civil contraído de buena fe ante la autoridad civil uruguaya por los tribunales de instancia y confirmada dicha nulidad por el Tribunal Supremo, dicha buena fe, de acuerdo con la sentencia recurrida, ha de tener consecuencias sobre el régimen económico matrimonial que en su momento ha de ser liquidado y que no puede ser otro que el de la sociedad legal de gananciales, como se desprende del artículo 9 en relación con el 135 del Código Civil entonces vigente.

PATERNIDAD Y FILIACIÓN. PRUEBA BIOLÓGICA. (SENTENCIAS DE 19 Y 29 DE SEPTIEMBRE DE 1998, 3 DE OCTUBRE DE 1998, 4 Y 28 DE DICIEMBRE DE 1998, 26 DE ENERO, 2 DE FEBRERO DE 1999, 11 Y 28 DE MAYO DE 1999, 2 Y 26 DE JUNIO DE 1999, 26 DE JULIO, 2 DE SEPTIEMBRE Y 11 DE OCTUBRE DE 1999, 17 Y 30 DE NOVIEMBRE DE 1999 Y 3 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Son cada vez más numerosas las sentencias que recaen sobre los diversos extremos y circunstancias relacionadas con la paternidad y filiación en sus diversas manifestaciones, concretamente respecto a la investigación y reclamación de la paternidad, cuyo común denominador es el que se indica a continuación.

Un numeroso grupo de sentencias declara que aunque la negativa del padre a someterse a la prueba biológica no puede considerarse como *ficta confessio*, es un indicio relevante que, valorada con las demás pruebas practicadas, llevan a la conclusión favorable a la paternidad reclamada (sentencias de 19 de septiembre de 1998, 3 de octubre de 1998, 16 de enero y 22 de febrero de 1999, 11 y 28 de mayo de 1999, 26 de junio, 2 de septiembre y 11 de octubre de 1999, 17 y 30 de noviembre de 1999).

Y aclarando, si necesario fuera, esta posición, las sentencias de 4 de diciembre de 1998 y 16 de septiembre de 1999, manifiestan que la mera negativa

a someterse a una prueba biológica, cuando no existe en el proceso ninguna otra clase de pruebas, al no constituir una *ficta confessio*, no puede por sí sola ser determinante de una declaración de paternidad.

La probanza biológica de la paternidad que autoriza el artículo 39.2 de la Constitución y 127 del Código Civil en relación con el 135, constituye una prueba directa, pero no plena y absoluta y, no obstante, ha de atribuírsele valor de casi total aproximación a la verdad (sentencias de 29 de septiembre de 1998 y 26 de septiembre de 1999).

Y se precisa que el demandado sólo podría legítimamente negarse a someterse a las pruebas biológicas si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye o pudiera concurrir un gravísimo quebranto para su salud (sentencia de 28 de diciembre de 1998).

Actuaron correctamente los Tribunales de Instancia al valorar la prueba pericial biológica, no como preeminente y decisiva, sino dentro del conjunto probatorio, teniendo en cuenta el informe de que la probabilidad de que los litigantes sean hijos del mismo padre alcanza el 99,99968 por 100 (sentencia de 3 de diciembre de 1999).

Por su parte, la sentencia de 26 de julio de 1999, reiterando que la negativa injustificada del demandado a la prueba biológica no se equipara a la *ficta confessio*, señala que el someterse a tal prueba entraña procesalmente una carga, implícita en la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad (art. 118 de la Constitución Española), como acertadamente puntualiza la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero.

INVESTIGACIÓN DE PATERNIDAD. PRUEBA BIOLÓGICA.—ARTÍCULOS 24 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y 127 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Almagro Nosete, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado y apelante contra la sentencia de la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que había confirmado íntegramente la del Juzgado de 1.^a Instancia número 63 de la capital.

El informe realizado como diligencia para mejor proveer por el Instituto Nacional de Toxicología dio resultado positivo en orden a la paternidad, que impugna el recurrente aduciendo que el informe debió emitirse por la Escuela de Medicina Legal y comprender todos los extremos por él solicitados, lo que no pudo efectuarse dado el cúmulo de trabajo que pesaba sobre dicha Escuela. El Tribunal Supremo estima que su actitud revela una intención de aceptar los resultados de la prueba de grupos sanguíneos tan sólo si los mismos eran favorables a sus intereses y rechazarlos en el supuesto contrario, bajo la retorcida argumentación de lo insuficiente de los análisis efectuados, que de antemano se conocía no podían extenderse a determinados extremos propuestos, no obstante se aceptaba su realización «incompleta» de aquéllos, para ulteriormente rebatir sus resultados, olvidando que, como ya dijo la sentencia de 18 de febrero de 1992, no resulta procedente efectuar descalificaciones de organismos o personas cuando sus razonadas opiniones no son todo lo favorables que uno desearía y que, además, no es dable combatir en casación la prueba pericial.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. LIQUIDACIÓN. (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1999.)

Las mejoras realizadas en un piso y el ajuar doméstico forman parte del patrimonio ganancial y deben repartirse por mitad entre los cónyuges.

(SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1999.)

Declara la validez del arrendamiento de bienes gananciales concertado por el cónyuge en cuyo poder se hallan durante la separación de hecho, por tiempo no superior a seis años, al ser un acto de administración, y que sus rentas tienen naturaleza ganancial. En cambio, los bienes adquiridos por un cónyuge durante la separación de hecho, no tienen carácter ganancial.

(SENTENCIAS DE 23 DE JUNIO Y 29 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

La competencia funcional para conocer de la liquidación de la sociedad de gananciales, a falta de acuerdo entre las partes, corresponde en trámite de ejecución de sentencia firme de separación matrimonial y divorcio al Juez que la dictó.

(SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Declara la naturaleza privativa de la indemnización percibida por uno de los cónyuges al acogerse a un plan de prejubilación, si bien los frutos devengados por dicha indemnización desde la fecha de su inicio hasta la fecha de la sentencia firme de separación, son gananciales.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. DISOLUCIÓN. VIVIENDA FAMILIAR.—ARTÍCULOS 96, 400, 1.320, 1.323 Y 1.396 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara haber lugar al recurso de casación parcial de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca, que había revocado parcialmente la dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia número 3 de esa ciudad, en el sentido de suprimir del fallo el pronunciamiento en el que se acuerda que la vivienda familiar perteneciente por mitades indivisas a ambos esposos, sea vendida en pública subasta con admisión de licitadores extraños.

Se basa para ello en que el uso y disfrute de la misma se atribuyó a la esposa en el convenio regulador que fue aprobado íntegramente al decretarse el divorcio de ambos cónyuges y la realización práctica de la acción de división del artículo 400 del Código Civil queda en suspenso en tanto dure el derecho atribuido a la esposa.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. LIQUIDACIÓN. USO DE VIVIENDA COMÚN. ACCIÓN DE DIVISIÓN. (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Decretada por el Juzgado de 1.^a Instancia número 42 de Madrid, la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños de la vivienda familiar y confirmada esa sentencia por la de la Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de la capital, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jesús Corbal Fernández, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante y revoca y anula parcialmente las sentencias de instancia, en el sentido de añadir al fallo que «la división y en su caso la venta en pública subasta no afectará, en tanto subsista, al derecho de uso a la vivienda familiar (que no comprende la plaza de garaje), establecido en favor de la esposa por la sentencia de divorcio, cuya subsistencia debe quedar garantizada».

Ambas sentencias de instancia habían dejado claro que con la estimación de la acción divisoria pierde toda su eficacia el derecho al uso de la vivienda reconocido a la esposa en la sentencia de divorcio, aduciendo como argumento básico la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1998. El Tribunal Supremo, en esta sentencia que estamos comentando, argumenta que el criterio de la citada sentencia ha sido rectificado por las sentencias de 22 de diciembre de 1992, 20 de marzo de 1993, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995, con arreglo a las cuales, si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex-cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne y una eventual venta de la casa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser modificada por voluntad de los interesados o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. LIQUIDACION.—ARTICULOS 1.347.5.º, 1.359, 1.360 Y 1.397, NUMERO 3 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante, contra la sentencia de la Sección 9.^a de lo Civil de la Audiencia Provincial de Valencia, que había revocado en parte la del Juzgado de 1.^a Instancia número 18 de esa ciudad.

Discutida la titularidad de las acciones de la Sociedad Fernando Saceda, S.A., el Juzgado estimó que todas ellas eran gananciales, mientras que la Audiencia atribuyó este carácter al 80 por 100 y el restante 20 por 100 las consideró privativas del marido, basándose en que el primitivo negocio aportado a la sociedad, heredado del padre, fue ampliado en estado de casado por el hijo con cargo a fondos gananciales o comunes.

Probado que el marido constituyó la sociedad constante matrimonio aportando a la misma el negocio heredado de su padre que explotaba con anterioridad, el Tribunal Supremo estima que lo que existió fue transformación y

ampliación del negocio privativo durante la vigencia de la sociedad de gananciales y con cargo a fondos de la misma, y ello no hace perder al aportante su titularidad para pasar a compartirla con la sociedad, pues con arreglo a los artículos 1.359 y 1.360 del Código Civil, la mencionada sociedad sólo tiene derecho al reembolso del valor satisfecho actualizado (art. 1.397.3.º del Código Civil). En suma, un derecho de crédito contra el aportante. Y en consecuencia, declara que son propiedad del marido la totalidad de las acciones, si bien será deudor a la sociedad de gananciales del importe actualizado al momento del inventario de lo invertido por la dicha sociedad en la transformación y ampliación del negocio aportado para constituirlo.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. LIQUIDACIÓN. TERCERÍA DE DOMINIO.—ARTÍCULOS 1.315, 1.325 Y 1.333 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

El cambio de régimen matrimonial no desplaza los derechos adquiridos con anterioridad por terceros sobre el patrimonio de los cónyuges, mientras no se publiquen en los Registros correspondientes.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria, que confirmó la del Juzgado número 3 de esa ciudad.

Condenado el marido de la actora en proceso penal a responsabilidades civiles para satisfacer las cuales se le embargaron cuatro fincas, anotándose los embargos con fechas 18 y 26 de enero de 1988. Con anterioridad, el 1 de octubre de 1987, ambos cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales en las que liquidaron la sociedad de gananciales y se adjudicaron a la esposa, que interpone tercería de dominio, tres de las cuatro fincas embargadas, anotándose las capitulaciones en el Registro de la Propiedad y en el Registro Civil con fechas 24 y 28 de noviembre de 1988, respectivamente.

Se declara que la modificación del régimen económico matrimonial sólo afecta a terceros desde la fecha de su inscripción registral (sentencia de 26-6-1992). Teniendo en cuenta la proximidad de fechas de la traba y el otorgamiento de las capitulaciones, se llega a la conclusión de que dicha escritura se formalizó con un más que evidente ánimo de detraer de la masa de bienes liquidable la mayor parte de los de la sociedad de gananciales, que quedaron en poder de la esposa, quien tuvo conocimiento suficiente del embargo llevado a cabo, pues el auto que lo decretó le fue notificado con fechas 23 y 30 de diciembre de 1987.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. DISOLUCIÓN. EMBARGO POR DEUDAS PROPIAS DE UNO DE LOS CONYUGES.—ARTÍCULOS 1.373 Y 1.393 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelada, que lo es el Banco Herrero, S.A., contra la sentencia de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Asturias que, revocando la del Juzgado de 1.ª Instancia número 7 de Oviedo,

declaró que se proceda a alzar el embargo de la parte de los bienes de la sociedad de gananciales que se adjudique a la demandante —la esposa— tras acordar judicialmente lo procedente en orden a la disolución de la misma.

Los hechos son los siguientes:

Habiéndose ejercitado una acción de nulidad de contrato de préstamo y una acción de reclamación de cantidad por el «Banco Herrero, S.A.» en proceso declarativo ordinario de menor cuantía, el Juzgado de 1.^a Instancia número 7 de Oviedo, dictó sentencia estimando la demanda. En ejecución de esta sentencia se embargaron bienes gananciales de doña C. C. F. y su esposo; en la sentencia que se ejecutaba tan sólo se condenaba al pago de una cantidad de dinero por razón de un contrato de fianza, al esposo de aquélla, don H. L. B., y al hijo de ambos don E. L. C.; dicha esposa ni siquiera había sido demandada en cuanto a la obligación pecunaria.

En el trámite de ejecución de sentencia, la esposa formuló incidente en ejercicio de la opción que le concede el artículo 1.373 del Código Civil, solicitando el levantamiento del embargo de los bienes gananciales y que se sustituya por el de bienes que se adjudiquen al esposo tras la disolución de la comunidad de gananciales.

La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 5.^a de Oviedo, revocando la de primera instancia, dio lugar al incidente y ordenó el alzamiento del embargo de la parte de los bienes de la comunidad de gananciales que se adjudique a doña C. C. B., tras acordar lo procedente en orden a la disolución de la misma. Contra esta sentencia, la parte contraria, demandante en el proceso principal y en cuyo favor se trabó el embargo, «Banco Herrero, S.A.», formuló el recurso de casación.

Respecto de los mismos, el Tribunal Supremo argumenta que «una de las causas de disolución —no *ipso iure* del art. 1.392 del Código Civil— de la comunidad de gananciales a instancia de parte, que enumera el artículo 1.393, es la del artículo 1.373 al que se remite el último párrafo de aquél: es el embargo de bienes gananciales por deudas propias de un cónyuge, en que el otro exige que el embargo se trabé sobre la parte que ostenta el cónyuge deudor en la comunidad ganancial, lo que lleva consigo la disolución del régimen.

Por tanto, el cónyuge no deudor, que ve cómo le embargan bienes gananciales, tiene una opción: aceptarlo, en cuyo caso cuando en su día se ejecuten bienes suficientes para satisfacer la deuda de otro cónyuge, el deudor embargado, se reputará que éste ha recibido a cuenta, por el valor de los bienes ejecutados, parte de los gananciales que en el momento de la liquidación le corresponderían; o bien, exigir que el embargo se concrete a la parte de gananciales que le corresponda al cónyuge deudor, en cuyo caso se disuelve la comunidad de gananciales y rige el régimen de separación de bienes: es la opción que contemplan los artículos 1.373 y 1.374 del Código Civil.

Así, en este sentido, dice la sentencia de 2 de julio de 1990: «los acreedores pueden hacer efectivos sus créditos derivados de obligaciones no contraídas por los cónyuges deudores en beneficio de la comunidad o para atenciones familiares, incluso persiguiendo los bienes gananciales, bien que con carácter subsidiario y originando el correspondiente arreglo de cuentas entre los esposos e, incluso, la posibilidad de disolución de la comunidad (art. 1.373)». Y añade la de 10 de diciembre de 1990: «el matrimonio no limita la capacidad jurídica de los esposos, sino que ambos pueden obligarse individualmente y responden con sus respectivos bienes, y que si el esposo adquirió por documento privado el com-

promiso de devolver un préstamo, ello no significa en sí un acto de disposición de los gananciales que determine la nulidad de dicho acto, ya que siempre tendrá el otro cónyuge la posibilidad de ejercitar la facultad del artículo 1.373, si se dirige apremio contra tales bienes. Asimismo, la de 12 de abril de 1994: *El procedimiento que contempla el artículo 1.373 del Código Civil, es un remedio sustitutorio de la acción de tercería de dominio, puesto a disposición de la esposa en los casos que allí se contemplan. Ejercitado por la esposa cuando se le notifica el embargo de los bienes comunes, el derecho de opción que al cónyuge no deudor le reconoce el citado artículo 1.373-1.º, determina el ejercicio de la disolución de la sociedad de gananciales, sin necesidad de petición alguna al Juez que conoce de la ejecución, si bien ha de procederse a la posterior liquidación del patrimonio de la sociedad para determinar los bienes, o la parte de ellos, que se atribuyen a cada uno de los cónyuges, y consecuentemente los bienes del cónyuge deudor que han de sustituir en la traba al bien ganancial inicialmente embargado; en el mismo sentido, la de 22 de diciembre de 1995.*

La aplicación en el proceso de esta opción que concede al cónyuge no deudor el artículo 1.373 del Código Civil, parte de la situación de derecho material: estando ante una deuda propia de un cónyuge, sin responsabilidad para la comunidad de gananciales y que no es una carga de ésta, se han embargado bienes gananciales en ejecución de sentencia o en juicio ejecutivo (embargo definitivo o embargo preventivo); cuando el embargo es notificado al cónyuge no deudor y éste ejerce aquella opción, puede hacerlo, como reconoce la sentencia de 29 octubre 1984, en incidente en el proceso de ejecución; sin perjuicio de admitirse en ciertos casos la tercería de dominio, como así entendió la sentencia de 17 de julio de 1997.

Este ha sido el caso presente: tal como dice expresamente la sentencia de instancia, la deuda del marido no era ganancial, ya que «no se infiere en modo alguno la existencia de consentimiento expreso por parte de la esposa y así la póliza de afianzamiento viene constituida y firmada tan sólo por el esposo», y advierte que «Banco Herrero, S.A.» no demandó a la esposa, doña C. C. F., respecto a la obligación solidaria de pago por razón del contrato de fianza y en la sentencia de los autos principales no se la condena al pago.

Cuando en ejecución de esta sentencia se embargan bienes gananciales, se produce exactamente el supuesto para el que está prevista la opción que concede el artículo 1.373 del Código Civil: hubo una deuda no ganancial, sino propia del marido —hecho declarado así en la sentencia de instancia— y no se embargaron bienes privativos de éste, sino bienes gananciales; frente a cuyo embargo la esposa, en incidente de ejecución de sentencia, exigió que en la traba se sustituyeran los bienes comunes (gananciales) embargados por la parte de los bienes que le correspondan y se le adjudiquen al cónyuge deudor en la comunidad de gananciales, sustitución de la traba que es consecuencia de la disolución de la comunidad de gananciales. Así se ordenó, correctamente, por la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, que es objeto del presente recurso de casación.

El Magistrado don José Almagro Nosete formula voto particular en el sentido contrario, de haber lugar al recurso de casación, anulando la sentencia de la Audiencia y absolviendo al Banco Herrero, S.A., conforme a los siguientes fundamentos:

La singularidad del caso (incidente en ejecución de sentencia, formulado por una de las demandadas, cónyuge de otro codemandado, para hacer valer

su pretensión, apoyada en el artículo 1.373 del Código Civil, «solicitando el levantamiento del embargo de la parte de los bienes comunes que en su día fueron trabados y que se le adjudicasen tras procederse a la disolución de la sociedad de gananciales») explica que el presente recurso de casación se conduzca, conforme al artículo 1.687-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como si en vez de tratarse de la impugnación de una «sentencia», recaída sobre un punto incidental en ejecución de la sentencia principal, fuera, en realidad, un «auto» de los contemplados en referido ordinal, y, ello, merced al propio reconocimiento que sobre la idoneidad de la «forma» de resolución judicial elegida, efectúa el órgano *a quo*, en su auto de fecha 13 de junio de 1994, dictado al resolver el recurso de súplica planteado: «nos encontramos —dice el expresado auto— en el presente caso con la resolución de un incidente planteado en ejecución de una sentencia dictada en un juicio de menor cuantía, y por un montante superior a los seis millones de pesetas, y en donde, efectivamente, puede considerarse que se ataca un punto no decidido en la sentencia, por lo que en principio se darían todos los ingredientes para la admisibilidad de la casación; ahora bien, nos encontramos con un punto discordante, y es que la resolución incidental se adoptó en forma de sentencia y no de auto, como tal vez hubiera sido procedente a tenor de lo dispuesto en el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando alude a la adopción de la formula de auto respecto a las resoluciones «que deciden cualquier otro incidente, cuando no está permitido que se dicten en forma de sentencia. No obstante, no creemos que ello suponga un obstáculo insalvable, pues sería absurdo que una resolución en principio de mayor enjundia (cual es una sentencia frente a un auto) no pudiera ser recurrible por no atenerse estrictamente a la formalidad, lo que por otra parte pugnaría con el derecho al acceso a los recursos, según la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional (sentencias 190/90, 32/91, 27 de enero de 1994, entre otras). Con independencia de la valoración global del precedente fundamento es lo cierto que ante un incidente que, anticipamos, debió repelerse de oficio, según dispone el artículo 743, no obstante haya recaído sentencia estimatoria del mismo, ha de aceptarse, conforme a la admisión preliminar, ya acordada en su momento, el definitivo examen del recurso en aras de evitar la indefensión en que quedaría la parte recurrente de persistir la sentencia (o auto) recurrido.

El primer motivo casacional que denuncia la contradicción de lo resuelto con lo ejecutoriado, cita como precepto no observado el artículo 1.373 del Código Civil, con variados argumentos que se complementan, también, en el segundo motivo. Este precepto, según la interpretación que se desprende de su simple lectura y de acuerdo con los comentarios doctrinales que el mismo suscita, concede al cónyuge no demandado en un asunto judicial dirigido contra su consorte, por deudas propias, la facultad de exigir, cuando por su *razón* se hayan embargado bienes gananciales, que los bienes comunes se sustituyan por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal. Esta facultad nace desde que tiene conocimiento de tal traba, por lo que la ley pone especial énfasis en señalar que «el embargo de bienes gananciales "será inmediatamente notificado" al cónyuge afectado». Desde esta perspectiva de cónyuge, tercero al proceso, es desde la que se estudian los complejos problemas que el precepto plantea al mezclar cuestiones sustantivas con cuestiones procesales sin las precisiones exigibles. Así, la sentencia de esta Sala de 29 de abril de 1994, establece que el «procedimiento que contempla el artículo 1.373 del Código Civil es un remedio sustitutorio de la acción de tercería de dominio,

puesto a disposición de la esposa en los casos que allí se contemplan. Ejercitado por la esposa cuando se le notifica el embargo de los bienes comunes, el derecho de opción que al cónyuge no deudor le reconoce el citado artículo 1.373-1.º, determina el ejercicio de la disolución de la sociedad de gananciales sin necesidad de petición alguna al Juez que conoce de la ejecución, si bien ha de procederse a la posterior liquidación del patrimonio de la sociedad para determinar los bienes, o la parte de ellos, que se atribuyen a cada uno de los cónyuges, y consecuentemente los bienes del cónyuge deudor que han de sustituir en la traba al bien ganancial inicialmente embargado. La falta de normas legales de carácter procesal acerca del ejercicio de este derecho de opción, y de la posterior liquidación de la sociedad, puesta de relieve por la doctrina científica, ha originado dudas sobre la forma en que ha de practicarse la liquidación, pronunciándose la mayor parte de los autores a favor de la forma convencional, de tal suerte que sólo ante la oposición del cónyuge deudor, o de los acreedores que se crean defraudados, sería necesario acudir a la liquidación judicial, debiendo señalarse en uno y otro caso un plazo para la práctica de la misma. Esta liquidación resulta indispensable para la identificación del bien que el Juez ejecutor ha de utilizar en la sustitución que autoriza el debatido artículo 1.373; pues si se entendiera que la sustitución del bien ganancial, inicialmente embargado, se puede hacer con la parte alícuota que el cónyuge deudor ostenta en la sociedad no liquidada, se estaría perjudicando al cónyuge no deudor, ya que en vez de conseguir la pretendida liberación de la primitiva traba, habría que extender ésta a todo el caudal ganancial, aunque sólo fuera referida a la cuota abstracta de participación que sigue ostentando el cónyuge deudor sobre todos y cada uno de los bienes de tal patrimonio, mientras no se liquide la sociedad; identificación y atribución de propiedad al cónyuge deudor, que sólo se produce con la liquidación, a semejanza de lo que dispone el artículo 1.068, según la remisión del artículo 1.410, todos del Código Civil. Cuando el ejercicio de derecho de opción, o la práctica de la liquidación, se hubieren efectuado extemporáneamente, es decir, fuera del plazo concedido, o del transcurso de uno prudencial, en el supuesto de que aquél no existiera, esta opción no afectaría a la ejecución para el abono de las responsabilidades contraídas, pues la desidia del cónyuge no deudor, o su mala fe, no pueden producir el efecto de impedir que el acreedor se vea totalmente frustrado en sus legítimas aspiraciones de hacer efectivo su crédito; nos encontraríamos entonces en el supuesto previsto en el párrafo 2.º del tantas veces citado artículo 1.373, "si se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación, el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios, o al tiempo de la liquidación", con lo cual no se impide la continuación de la ejecución sobre el bien ganancial embargado».

La sentencia recurrida, erróneamente, para justificar la viabilidad del incidente, haciendo abstracción de la posición de parte codemandada que ha tenido la cónyuge promotora del mismo en el asunto principal, tras expresar las dificultades que ofrece el texto y la ausencia de normas procesales sobre la materia, entiende (sin que ello sea cierto) que hay dos corrientes al efecto de dar cauce procesal a la pretensión fundada en dicho artículo, una la que considera que el procedimiento puede ser el de las tercerías y otra corriente «favorable al incidente», posibilidad que es acogida por la sentencia de 29 de noviembre de 1984, que, según dice, es el criterio aceptado por la sentencia de 4 de abril de 1994. Pero, sin desconocer los problemas de hermenéutica que el

precepto plantea, las dos sentencias del Tribunal Supremo que cita (la de 4 de abril de 1994 contiene un error de transcripción, pues, la más próxima en fecha que se refiere a esta cuestión es la de 29 de abril de 1994), parten, conforme se deduce de su contenido de la posición de tercero procesal del accionante, y, en ambos casos, alude a la «tercería», con todas las matizaciones que se quieran como medio de intervenir en el proceso donde se han trabado los bienes gananciales. Así, la sentencia ya recogida en el fundamento anterior (29 de abril de 1994), reconoce que se trata de un «remedio sustitutorio de la acción de tercería de dominio, y la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1984, que diferencia las tercerías de mejor derecho y las de dominio, no trata en concreto de este problema, sino de las cuestiones que suscita la naturaleza de los bienes, según sean materiales o inmateriales, cuyos razonamientos conducen a título de hipotecar a hablar de un «incidente genérico», equivalente a la tercería de dominio. Por ello, deben rechazarse los argumentos de la sentencia.

En efecto, la demandada apelante y hoy recurrida en el proceso declarativo, ha podido ejercitar desde su posición procesal, cuantas defensas hubiera tenido por convenientes u oportunas, oponiéndose al embargo, desde que como tal parte tuvo conocimiento del mismo, mediante las excepciones, acciones reconvencionales, incidentes o recursos que estimara apropiados. Lo que no puede, una vez adquiere la sentencia eficacia de cosa juzgada, y, por tanto, resultando vinculada a la misma como parte, es promover un incidente en ejecución de sentencia, para introducir elementos nuevos que perturban el buen fin de la sentencia firme.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. DEUDAS A SU CARGO. PÓLIZA DE CRÉDITO.—ARTÍCULOS 1.362, NÚMERO 4º, 1.365, 1.367 Y 1.369 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la esposa demandada y apelada contra la sentencia de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Bilbao que había revocado parcialmente la del Juzgado de 1.ª Instancia número 3 de esa ciudad.

Instada por la representación del Banco Pastor, S.A., demanda pretendiendo se condene a los demandados —entre los que se encuentra la esposa de uno de ellos— a pagar solidariamente la suma derivada de la póliza de crédito, con renuncia a los beneficios de orden, división previa excusión, en la que se afianzaba solidariamente a la sociedad de la que eran socios los demandados, el Juzgado desestimó la demanda en cuanto a la expresada esposa de uno de los socios, mientras que la Audiencia la condenó a responder hasta el límite de su cuantía y subsidiariamente con los bienes gananciales que se la adjudicaron en la división de la sociedad conyugal del crédito reclamado por el Banco apelante.

La razón fundamental para estimar que la esposa no responde con los bienes que se la adjudicaron al liquidarse la sociedad de gananciales de la deuda derivada de la póliza no firmada por ella, es la de que en la demanda no se solicitó por el Banco que se declarase el carácter de deuda ganancial del afianzamiento de referencia, el cual además excedía por sus onerosas condiciones, de lo común, corriente o habitual en el matrimonio.

RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. PUBLICIDAD. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1999.)

No probada la inscripción de las capitulaciones matrimoniales en que se establece el régimen de separación de bienes ni en el Registro Civil ni en el de la Propiedad, dicha separación carece de efectos frente a terceros, pues al no tener conocimiento de tal hecho ha de presumirse que el régimen económico matrimonial es el de gananciales.

DIVORCIO. RECURSO DE REVISIÓN. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Acreditado que el actor, marido de la recurrente y demandada, sabía o podía saber fácilmente el domicilio de ésta, a pesar de lo cual no lo indicó al Juzgado, realizándose la citación y emplazamientos por edictos en el pleito de divorcio, que motivó la sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia número 5 de Logroño, dicha conducta entraña un artificio o irregularidad con la consiguiente indefensión de la contraparte, provocando con ello una ausencia total de tutela judicial efectiva, situación proscrita por el artículo 24-1 de la Constitución Española. Por lo que se declara procedente el recurso de revisión y se anula la sentencia del Juzgado, con reserva a las partes para que usen de su derecho en el juicio correspondiente.

DIVORCIO. DAÑOS MORALES.—ARTÍCULOS 67, 68 y 1.101 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1999.)

El daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no es susceptible de reparación económica alguna.

Condenada la esposa divorciada a satisfacer a su ex-marido diez millones de pesetas en concepto de daños morales en virtud de sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia número 21 de Madrid, y revocada la misma por la de la Sección 10.^a de la Audiencia Provincial de la capital, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, declara no haber lugar al recurso de casación.

El Juzgado basó el reconocimiento a la indemnización por daños morales en la infidelidad de la ex-esposa, que motivó no fuesen del marido los hijos habidos por ella durante el matrimonio. Frente a esta posición, el Tribunal Supremo, recogiendo el razonamiento de la Audiencia, argumenta que «indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su artículo 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97, e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1.101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que

cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar.

Las precedentes consideraciones, unidas a las formuladas en la sentencia recurrida —que la Sala hace suyas— son suficientes de por sí en orden a concluir que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna.

F. C. L.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

NULIDAD DE TESTAMENTO ABIERTO. VALIDEZ DE TESTAMENTO OLÓGRAFO. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los familiares de la testadora que integraban la parte demandada y apelante, contra la sentencia de la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que había confirmado sustancialmente la del Juzgado de 1.^a Instancia número 40 de la capital, revocándola parcialmente en cuanto deja sin efecto la responsabilidad civil del notario autorizante del testamento y la imposición de costas a la parte demandada.

Doña A. M. G. otorgó el 27 de noviembre de 1987, testamento abierto notarial cuya nulidad solicita la parte actora, así como pide también la adrección y protocolización de un testamento ológrafo otorgado el 11 de noviembre de 1985, basándose en que mientras al otorgar este último, la testadora estaba en plena posesión de sus facultades mentales, no sucedió lo mismo al otorgar el posterior testamento notarial, momento en que carecía de capacidad. La pretensión es acogida por el Juzgado, que además declaró la responsabilidad por daños y perjuicios del notario autorizante del mismo, con imposición de costas a la parte demandada, extremos estos dos últimos que fueron revocados por la Audiencia.

Resulta así que la causa de la nulidad del testamento notarial, según la sentencia, es la falta de cabal juicio de la testadora, aclarando que la presente controversia se centra en si dicho instrumento público adolecía de un posible vicio que lo abocara a su nulidad, pero nunca si había sufrido una falsedad material que llevaría su investigación al orden jurisdiccional penal. Y tasativamente especifica que al otorgar el testamento ológrafo, la testadora estaba en pleno uso de sus facultades mentales.

COMENTARIO

Nunca se insistirá demasiado en la importancia del examen por el notario de la capacidad del otorgante del instrumento público, concretamente en este caso de los actos de última voluntad. La reforma de 1991 no supuso ningún cambio radical en este punto, pues el último inciso del actual artículo 696

viene a reproducir el párrafo final del anterior artículo 695, sin otra corrección que suprimir la palabra «siempre», por innecesaria, ya que ningún notario autorizará un instrumento otorgado por persona incapaz.

Ahora bien, es mi opinión que cuando la incapacidad no es total y absoluta, sino que se debe a un estado de debilidad motivado por enfermedad y otra causa pasajera, el otorgamiento puede admitirse en relación al carácter o contenido concreto del acto a otorgar. No es lo mismo un testamento con sustituciones fideicomisarias, legados, reconocimientos de deudas, etc., cuyo contenido sea complejo, que otro en el que simplemente se dé cumplimiento a un deber de conciencia o se instituyan herederos a quienes lo serían abintestato y en la misma proporción. En estos últimos casos es posible apreciar la capacidad del testador con criterio más abierto, siempre con las necesarias cautelas como, por ejemplo, haciendo constar que manifiesta el testador ser el presente, el primero y único testamento por él otorgado. Claro está que en todo caso y previamente habrá existido una pesquisa por el Notario, efectuando determinadas preguntas al testador para, de sus respuestas, deducir, en su momento, el juicio acerca de su capacidad. Hemos conocido personas declaradas incapaces por enajenación mental que afectaba a un sector parcial de su conducta, en especial respecto a determinadas personas que poseían una especial astucia para contestar adecuadamente hasta que se les tocaba en su punto flaco. Todo ello evidencia la dificultad del juicio en determinados supuestos acerca de la capacidad y que por lo mismo sólo cuando la actuación del notario esté rayana en el dolo o pueda revestir calificación penal pueda declararse su responsabilidad. En todos los demás casos será un juicio sujeto a la falibilidad humana.

TESTAMENTO OLÓGRAFO. ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA. ACTOS PROPIOS. (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

La forma tácita sólo cabe para la aceptación de la herencia, no para la repudiación.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Alfonso Villagómez Rodil, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Badajoz que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia número 6 de esa población.

La parte actora pretendió que se declarasen válidos y eficaces, no sólo el testamento notarial abierto otorgado por su hermana causante el 26 de marzo de 1976, sino también los cuatro testamentos ológrafos otorgados el 23 de febrero de 1983, 26 de diciembre de 1983 (en que suscribió dos) y el 12 de diciembre del mismo año, protocolizados todos ellos el 8 de marzo de 1991, conforme a cuyo contenido la otra hermana demandada, como administradora de la herencia, debía rendir cuentas y practicar la partición de la herencia.

La parte demandada postula la ineficacia de los testamentos ológrafos, petición que fue rechazada por el Juzgado, cuya sentencia confirmó la Audiencia, pues «ningún interés demostrado asistía a la actora para retener y menos ocultar los testamentos ológrafos, cuando en virtud de los mismos resultaba favorecida, ya que mediante tales disposiciones la causante vino a paliar la desigualdad sucesoria que contenía el testamento abierto». Y sin que el hecho de haber promovido la actora el juicio de testamentaria en base al

testamento abierto suponga que aceptó éste de modo exclusivo y excluyente respecto de los ológrafos y quedó vinculada por los actos propios que de esta manera vino a instaurar al no protocolizar con anterioridad los manuscritos controvertidos, porque «no se produjo retención maliciosa demostrada de los ológrafos» ni entraña «renuncia a los derechos hereditarios», dado que «el artículo 1.008 exige que la repudiación de la herencia ha de hacerse en instrumento público o auténtico o por escrito en tal sentido presentado ante el juez competente para conocer la testamentaria o el abintestato, pero no en forma tácita, que sólo cabe para la aceptación de la herencia».

LEGADO. INEFICACIA. INTERPRETACIÓN DE TESTAMENTO.—ARTICULO 675, 869.1.º Y 2.º, 883 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Gullón Ballesteros, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sección 2.ª de lo Civil de la Audiencia Provincial de Albacete, que había confirmado íntegramente la del Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de esa capital, declarando que «la cuestión central a resolver en el presente recurso es la de si, legada una casa determinada propia del testador, de la que segregó una parte después del otorgamiento del testamento construyendo en ella un edificio, el legado ha de entenderse revocado al haber vendido la finca matriz a terceros, o subsiste en la parte segregada con la edificación».

La tesis de la parte recurrente se basa en una doble consideración de índole respectivamente objetiva y subjetiva. La primera, descansa en la negativa de que exista transformación de la cosa legada, pues el legado se ha de entregar en el estado en que se encuentre la cosa al morir el testador, y no cabe aplicar la regla legal de su revocación por transformación, pues lo ocurrido fue una merma del originario. Y el fundamento subjetivo se basa en la interpretación de la voluntad del testador, que fue la de conservar el edificio para sus sobrinos, por eso no vendió los pisos en él ubicados y no modificó su testamento.

El Tribunal Supremo rechaza ambos fundamentos, declarando que la segregación efectuada por el testador de la cosa legada, de un poco más de un tercio de su superficie para crear un solar y edificar un inmueble de siete plantas, sin ningún vínculo de dependencia, accesoriedad o subordinación con la casa legada, lo que si tenía el terreno segregado, entraña una transformación del legado incurso en el artículo 869.1.º del Código Civil, que quedó reducido a la finca matriz. El testador expresamente legó la misma y no por supuesto el edificio levantado sobre el solar segregado posteriormente. El legado reducido también se revocó por disposición del artículo 869.2.º del Código Civil, al enajenarse por el testador la finca matriz, y que si la voluntad del testador hubiera sido la de conservar el edificio para sus sobrinos, nada le hubiera impedido manifestarla en un testamento posterior. Sabía, antes de su muerte, las modificaciones que se habían originado en la cosa que legó. Pensar que el no hacerlo implica que quiso que el edificio fuese para los legatarios, tiene la misma lógica que lo contrario: no modificó porque sabía que la cosa legada ya no existía; la matriz, por su venta, la segregada por haberla hecho independiente de aquélla. Especular con los deseos de un tes-

tador a los que se atribuye una intención acorde con ellos distinta a la de que los legatarios no sucedan en nada de la cosa legada originariamente, es eso, una pura especulación.

COMENTARIO

La doctrina entiende que los casos 1.º y 2.º del artículo 869 del Código Civil son supuestos de revocación tácita y que incluso aunque se restaure la cosa a su antiguo estado se restablezca el legado, salvo caso de la retroventa exceptuada por el propio precepto. Este era el único supuesto contemplado por el Proyecto de 1851, cuya redacción era, si cabe, más tajante que el actual número 2.º del artículo 869, pues disponía que «la enajenación que de la cosa legada haya hecho el testador, en todo o en parte, y por cualquier título o causa, deja sin efecto el legado en lo que ha sido objeto de la enajenación, aunque ésta haya sido nula y el objeto enajenado haya vuelto posteriormente al dominio del testador, a menos que haya vuelto por pacto de retroventa, puesto por el mismo testador al hacer la enajenación» (art. 685). No se contemplaba, por tanto, el supuesto de la transformación.

En ambos supuestos parece que lo decisivo es el acto considerado en sí mismo, objetivamente, sin necesidad de acudir a una presunción de voluntad. Existiendo transformación o enajenación, huelga acudir al artículo 675 para indagar una supuesta voluntad del testador. Pudiera así considerarse estos casos como excepciones al principio del *favor testamenti*, en cuanto a la conservación y efectos de las disposiciones testamentarias.

F. C. L.