

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 GILJÓN

COMPRAVENTA. RESOLUCIÓN: NO HA DE DAR OPORTUNIDAD ALGUNA PARA EL PAGO DEL PRECIO. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la Sentencia.—Es requisito para el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1.504 la existencia de un requerimiento notarial o judicial en que se manifieste esa voluntad resolutoria del vendedor, requerimiento que, dice la Sentencia de 26 de febrero de 1985, constituye una notificación al deudor obstativa al pago y declarativa de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato, más no un requerimiento o intimación para el pago del precio, es decir, un acto cuyo fin esencial y último es el ejercicio del derecho de resolución contractual, constituido por una declaración unilateral a la que el pacto o la ley anuda el efecto jurídico de la resolución con sus efectos consiguientes, de la que sólo podrá escapar si paga o cumple antes de recibir esa comunicación, no después, y que por ello tiene lógicamente naturaleza recepticia, o sea, necesidad de ser conocida por el comprador.

El requerimiento no ha de dar oportunidad alguna para el pago del precio, sino que absteniéndose de reclamar el pago del precio, sobre todo ha de conminar al comprador a que se allane a resolver la obligación.

EL ARTICULO 1.281 DEL CÓDIGO CIVIL ES LA NORMA ESENCIAL DE LA HERMENEUSIS CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.281 del Código Civil es el precepto emblemático de la hermenéutica contractual en nuestro Derecho civil obligatorio, y parte de la base de estimar que en toda plasmación contractual hay que tener en cuenta más lo que se quiere que lo que se dice, y con base a ello, el intérprete ha de indagar la real voluntad de las partes contratantes, sin que

lo cual signifique que so pretexto de una interpretación, sea tergiversada una declaración de voluntad nítida y contundente.

Y en este sentido la doctrina jurisprudencial de esta Sala; establece que el mencionado artículo 1.281 del Código Civil es un precepto que no excluye la interpretación, sino que la presupone.

ACCIÓN RESCISORIA EN FRAUDE DE ACREEDORES: NO ES NECESARIO QUE EL ACREEDOR EJERCITE PREVIAMENTE ACCIONES QUE ESTÁN CONDENADAS A SU FRACASO PRACTICO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la Sentencia.—El motivo interpreta erróneamente el artículo 643 del Código Civil, al creer los recurrentes que basta la mera existencia de bienes para que no pueda establecerse la presunción de fraude, siendo así que, sin necesidad de complejas interpretaciones, sin salirse de su literalidad, es necesario que sean bastantes para pagar a los acreedores. El motivo segundo aduce infracción del artículo 1.111 del Código Civil, en tanto que el actor no ha perseguido los bienes que mantengan en su posesión los deudores antes de ejercitar la acción rescisoria. El motivo se desestima. Interpreta la persecución de los bienes que exige el artículo 1.111 en un sentido exagerado, es decir, que el acreedor ha de seguir los procedimientos contra esos bienes hasta su final procesal, aún sabiendo que nada útil conseguirá. Esta interpretación formalista debe descartarse pues no es éste el significado del precepto, sino de que el deudor se haya quedado insolvente para el pago de las deudas. Tal insolvencia se puede probar con la demostración de que el mismo no tiene ya bienes libres con los que pagar o que los que están en su poder se encuentran gravados o afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido, pero en modo alguno se puede requerir del acreedor el ejercicio previo a la acción rescisoria de otras abocadas a la esterilidad práctica.

EL CORREDOR DE SEGUROS NO ES PARTE EN EL CONTRATO DE SEGURO FIRMADO POR SU INTERVENCIÓN. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Son corredores de seguros las personas físicas o jurídicas que realizan la actividad mercantil de mediación de seguros privados sin mantener vínculos que supongan afección con entidades aseguradoras. El corredor debe ser tan independiente que nunca se le podrá estimar como parte en un contrato de seguro privado, en la que sólo, en principio, pueden figurar como partes el tomador del seguro, el asegurado en su caso, y la parte aseguradora, sin perjuicio de otras partes; beneficiarios; sustitutos..., pero nunca el corredor que una vez terminada su acción derivada de un contrato de mediación, que nada tiene que ver con el contrato de seguro, queda al margen de éste. En la sentencia recurrida se ha infringido la doctrina legal subyacente, al estimar como parte contractual a la entidad corredora, cuando, como se ha dicho, nunca podrá, sin romper la naturaleza intrínseca profesional, constituirse en parte de un contrato de seguro, que ha surgido con vida independiente de un primario contrato de mediación.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE UN ABOGADO POR INCUMPLIMIENTO DE SU OBLIGACIÓN. (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La calificación jurídica de la relación contractual entre abogado y cliente es de contrato de prestación de servicios que define el artículo 1.544 del Código Civil. La prestación de servicios, como relación *intuitu personae*, incluye el deber de cumplirlos y un deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del artículo 1.258 del Código Civil y que impone al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cumplimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional.

Hay una clara imputación objetiva en el sentido de que el abogado causó un daño a los actores. A ello hay que sumar la imputación subjetiva a título de culpa: cuando se produce un incumplimiento de la obligación, se presume que lo ha sido por culpa del deudor; la conducta humana se supone voluntaria y es el deudor que incumple el que debe probar que ha sido sin culpa, sino por caso fortuito o fuerza mayor.

El mencionado abogado presentó la petición mucho más tarde que el plazo adecuado, y como consecuencia directa, con nexo causal, le fue desestimada por prescripción (imputación objetiva), lo hizo por un retraso o un desconocimiento normativo culpables (imputación subjetiva).

RECLAMACIÓN DE CANTIDAD POR EL SUBCONTRATISTA AL COMITENTE, AL AMPARO DEL ARTICULO 1.597 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El tema es si al hacerse la reclamación por el subcontratista al comitente de lo que le adeuda al contratista, dicho comitente es deudor de este último, pese a que le haya aceptado una letra de cambio con anterioridad, que paga después de la reclamación. La contestación debe ser la de que la mera aceptación de la cambial no libera de su obligación al comitente, hasta su pago, siendo deudor del precio de la obra. Es claro en este sentido el artículo 1.170, párrafo 2.º, del Código Civil, al disponer que la entrega de letras de cambio, entre otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o se hubiesen perjudicado por culpa del acreedor. Este precepto posee naturaleza dispositiva, porque nada se opone a que las partes puedan dar a la entrega misma los efectos jurídicos del pago.

EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD TIENE UN CONTENIDO JURÍDICO Y NO GARANTIZA LA REALIDAD FÍSICA. (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Tiene declarado esta Sala en Sentencia de 12 de abril de 1980 que el Registro por sí solo no lleva consigo ni produce una verdadera y auténtica identificación real sobre el terreno, teniendo en cuenta que el Registro de la Propiedad tiene un simple contenido jurídico, no garantizando en consecuencia la realidad física y concreta situación sobre el terre-

no de la finca inmatriculada, puesto que tal situación puede o no coincidir con la realidad existente.

Los efectos de las inscripciones no abarcan los datos físicos de las fincas y operan tan sólo en cuanto atañen a los derechos que en ellas se consignan, asegurando la existencia y contenido de los derechos reales inscritos, pero sin garantizar la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la descripción de las fincas.

GASTOS NECESARIOS: LO SON LA CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS GENERALES QUE IMPONE EL ARTICULO 9.5 DE LA LEY DE PROPIEDAD HORIZONTAL. (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Por gasto necesario se entiende aquél que se hace para conservación y mantenimiento de la cosa, y la Sentencia de 3 de diciembre de 1991 dice que son los que resultan imprescindibles de forma tal que de no haberlos llevado a cabo, la cosa habría dejado de existir o desmerecido. En este concepto deben incluirse la contribución, con arreglo a la cuota de participación, a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización, que impone como obligación de los copropietarios, el artículo 9, número 5 de la Ley de Propiedad Horizontal. La consideración de tal gasto como necesario la abona en primer lugar una razón de carácter material: el impago provoca el perjuicio a todo el inmueble, en que la falta de pago de los copropietarios impide su adecuado mantenimiento; y en segundo lugar una razón de carácter jurídico: la obligación del artículo 9,5 la desarrolla el artículo 20 como *obligatio propter rem* sobre los pisos y local y corresponde al que tenga la titularidad de los mismos; asimismo, el impago provoca la posibilidad de reclamación judicial frente al titular. Por el contrario, no ocurre lo mismo con los gastos de electricidad, agua y teléfono que corresponden o son consecuencia del uso real que de tales suministros hace la persona que los disfruta, por lo que no son gastos necesarios.

RECONOCIMIENTO DE DEUDA. EXPRESADA LA CAUSA DEL RECONOCIMIENTO, TIENE CARÁCTER CONSTITUTIVO. PRINCIPIO DE CONFIANZA EN EL TRAFICO NEGOCIAL. (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La figura del reconocimiento de deuda ha sido reconocida por la jurisprudencia de esta Sala y por la doctrina científica como válida y lícita, permitida por el principio de autonomía privada o de la libertad contractual sancionado por el artículo 1.255 del Código Civil y vinculante para quien lo hace, con efecto probatorio si se hace de manera abstracta y también constitutivo si se expresa su causa justificativa. La Sentencia de 8 de marzo de 1956 lo califica de contrato al decir que el reconocimiento es un contrato por el cual se considera existente una deuda contra el que la reconoce, pudiendo tener por objeto exclusivo dar a la otra parte un medio de prueba, o prometer no exigir prueba alguna de la deuda contra el que la reconoce.

La posible negligencia de los recurrentes al dar su conformidad a condiciones contractuales que después impugnaron, cuando ya habían empezado a cumplirlas, no puede perjudicar los legítimos intereses de la contraparte sin

quebrantar el principio de confianza en el tráfico negocial, basado a su vez en la buena fe y en la libertad de contratación que se reconoce en los artículos 1.258 y 1.255 del Código Civil.

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. CONCEPTO. (SENTENCIA DE 23 de febrero de 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Es reiterada doctrina jurisprudencial la de que la excepción de litisconsorcio se da cuando en virtud de un vínculo que une a una persona con la relación jurídico material objeto del pleito, se produce la consecuencia de que la sentencia necesariamente le ha de afectar, lo que impone la presencia en el proceso de todos los que debieron ser parte en el mismo como interesados en la relación jurídica controvertida, y ello es así al exigir una comunidad de relación jurídica que albergue ambas acciones (la de los comparecidos en el pleito y las de los no llamados), es decir, una situación de hecho comunitaria, una misma relación jurídica o que tengan un interés legítimo que pueda ser perjudicado por una resolución recaída en el proceso en que no han sido oídos.

NO PUEDE IMPUGNAR LA SENTENCIA EL LITIGANTE QUE HA VISTO RECOGIDO EN EL FALLO LO QUE SOLICITABA. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El recurrente carece de un interés jurídico legítimo en impugnar el contenido del fallo de la sentencia. Si el contenido de ese fallo coincide literalmente con el suplico de la contestación a la demanda, no tiene esta parte legitimidad jurídica alguna para impugnar un resultado que exactamente se aviene a lo que él pidió. No se puede olvidar que uno de los principios fundamentales de nuestro proceso civil es el dispositivo, tanto sobre el derecho material (ejercicio de la acción), como sobre la pretensión (disponiendo del proceso a través de una serie de actos), resultando vinculados los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de las partes a través del principio de congruencia. La parte pudo pedir todo aquello que a su derecho conviniera, pero si sólo limita su pretensión a un supuesto concreto y absolutamente determinado, y esa pretensión le es literalmente concedida, carece de legitimidad para pretender después que se amplíe su petición, so pretexto de una economía procesal que debió en su caso ser tenida en cuenta desde un principio.

EN LAS OBLIGACIONES RECÍPROCAS, LA REGLA DEL CUMPLIMIENTO SIMULTANEO QUIEBRA CUANDO SE PACTA UN PLAZO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN POR UNA DE LAS PARTES. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Los motivos se desestiman porque parten de la base errónea de calificar como obligaciones recíprocas de cumplimiento simultáneo, que son las que autorizan para oponer la excepción de contrato no cumplido a quien reclama el cumplimiento sin haber cumplido o estar real-

mente dispuesto a hacerlo. No hay ningún obstáculo para que la simultaneidad en el cumplimiento se quiebre voluntariamente, señalándose un plazo para cumplir alguna obligación.

SOCIEDADES MERCANTILES IRREGULARES. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de una sociedad de naturaleza mercantil, dada la naturaleza de las operaciones o actividades que la tal sociedad había de desarrollar, con lo que viene a aplicar el criterio objetivo que la doctrina científica mayoritariamente contempla para llegar a establecer la naturaleza civil o mercantil de la sociedad, criterio compartido por esta Sala en la Sentencia de 3 de abril de 1991, determinando tal condición de irregular, a efectos plenamente mercantiles, la ausencia de escritura pública constitucional y la inscripción en el Registro Mercantil, pero sin que ello desnaturalice tal carácter mercantil en las relaciones mediante entre los socios; así lo estima la doctrina jurisprudencial, interpretando el artículo 1.117 del Código de Comercio, que da validez al contrato, cualquiera que sea la forma de su celebración entre los que lo celebren, siempre que reúna los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil, admitiendo la posibilidad de su concierto en documento privado y aun en forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a las de las colectivas, con aplicación de las normativa específica del Código de Comercio.

LA FACULTAD MODERADORA DE RESPONSABILIDAD QUE TIENEN LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA SOLO ES REVISABLE EN CASACIÓN SI AQUELLOS NO LA APLICAN CON UN CRITERIO RACIONAL. (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La determinación de la cuantía de la indemnización es función atribuida a la Sala de instancia, y no revisable en casación, salvo que se hayan modificado las bases fácticas contempladas en la cuantificación, es un elemento de conocimiento, convicción y decisión dejado a la libre apreciación del tribunal de instancia, no revisable en pura técnica casacional, salvo que en el modelo determinativo de su cuantía se incurra en flagrantes contradicciones o resultados aritméticos que pugnen con los datos de constatación del evento dañoso que se trata de restaurar. El uso de la posible moderación de la responsabilidad que establece el artículo 1.103 del Código Civil es facultad propia de los juzgadores de instancia, no susceptible de casación, en el supuesto de que los mismos hagan uso de esta facultad con criterio ponderado, racional y lógico, pero no cuando extravasen irracional o desmesuradamente dichos parámetros, ni tampoco aquellos supuestos en que ni siquiera se planteen la posibilidad de hacer uso de dicha facultad moderadora, cuando la misma viene forzada y lógicamente impuesta por las especiales circunstancias del caso concreto que se enjuicia.

J. Q. S.

EL COMPRADOR QUE PAGA EL ARBITRIO DE PLUSVALÍA TIENE DERECHO A REPECUTIRLO SOBRE EL TRANSMITENTE, Y SI ESTE ESTA EXENTO DEL PAGO ES QUIEN HA DE RECLAMAR DEL AYUNTAMIENTO QUE NO LE COMUNICO LA LIQUIDACIÓN. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El derecho a repercutir lo pagado ha de acogerse, pues la obligación nacida de la cláusula cuarta del contrato de compraventa tiene fuerza de ley entre las partes (art. 1.091) y ha de cumplirse en la forma que determina el artículo 354.2 del RD 781/86, que autoriza tal repercusión de lo pagado sobre aquél en el que recae el arbitrio, es decir, en el enajenante, sin que por lo expuesto pueda mantenerse que se pagó indebidamente, por el comprador, que se ve apremiado al efecto, pero que no debe en ningún caso convertirse en el contribuyente, como si sobre él recayese el tan aludido arbitrio, y si existe exención a favor del vendedor (Mutua), es ella quien tiene que oponerla frente al Ayuntamiento y acreditarla, reclamando del mismo si es que hubo cobro de lo indebido y si es que dicho organismo no le comunicó la liquidación y las sanciones cual afirma, ya que el comprador cumplió su obligación al declarar la transmisión del dominio e indicar que estaba exenta, y si el Ayuntamiento no le comunicó la liquidación del impuesto de plusvalía no puede pretender que las consecuencias perjudiciales de ello recaigan sobre el comprador, en realidad simple sustituto del pago y por ello, con derecho a repercutirlo sobre el enajenante, que es quien ha de reclamar, en su caso, del Ayuntamiento, porque su pasividad no justifica lo contrario.

EN EL PACTO DE ARRAS DEBE HACERSE CONSTAR LA FUNCIÓN PENITENCIAL DE LOS ANTICIPOS ENTREGADOS. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Es doctrina jurisprudencial actualizada y suficientemente consolidada, que el empleo de la palabra señal no cabe entender que exprese necesariamente la facultad de separarse de un contrato, pudiendo ser estimada sin error como anticipo del precio. Lo que resulta procedente en relación al texto del artículo 1454 CC e interpretación jurisprudencial del mismo, para definir el alcance del pacto de arras. A tales efectos la interpretación de dicho precepto sustantivo viene a sentar que no se trata de derecho necesario; para que tenga aplicación y resulte vinculante a las partes, se impone con rigor que la voluntad de las mismas resulte clara, precisa y esté rotundamente expresada en el contrato, es decir, debe hacerse constar la función penitencial de los anticipos entregados, pues, en otro caso cualquier entrega dineraria llevada a cabo por el comprador ha de reputarse como integrante del precio y pago anticipado del mismo, que sirve para confirmar el negocio celebrado.

LA TACHA DE LOS TESTIGOS DEBE SER APRECIADA DISCRECIONALMENTE POR EL JUEZ, QUIEN DEBE VALORAR LA IMPORTANCIA DE SUS DECLARACIONES. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1999.)

La tacha de testigos, que siempre hay que advertir no es lo mismo que su inhabilidad para declarar —inhabilidad natural (art. 1.246 CC) e inhabilidad

legal (art. 1247 CC)—, no es medio de prueba, sino más bien opera como precaución o advertencia que la Ley autoriza en cuanto a la valoración de las declaraciones testificales de aquellas personas que puedan estar afectadas de parcialidad y por no ello no ser veraces.

Las tachas no tienen otro trámite que el de la prueba de las causas que se alegan, si se solicita la misma, y tanto se practique, como no en la sentencia donde el Juez debe valorar la tacha alegada y la importancia del testimonio del testigo tachado, con lo que no se impide estimar en todo o en parte el valor probatorio de estas declaraciones, al autorizar el artículo 1.248 CC y el 659 de la LEC su apreciación discrecional, para lo que se puede tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada testigo y entre estas aquellas por las que fueron tachados. La tacha actúa como circunstancial y ha de apreciarse en concurrencia con otras coyunturas que se den.

LA CONSIGNACIÓN JUDICIAL DE CANTIDAD PRODUCE LOS EFECTOS DEL PAGO CUANDO EL ACREEDOR SIN RAZÓN SE NIEGA A ADMITIRLO. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1999.)

El artículo 1.176 CC contiene una modalidad particular del pago de deuda mediante la consignación de su importe total, es decir debe de tratarse de pago completo, para lo cual el deudor lleva a cabo una manifestación explícita de su voluntad decidida de querer pagar, con entrega efectiva, que no es suficiente, y con ello no se produce el pago, pues necesita de la recepción y cobro por el acreedor y sólo cuando sin razón o justificación dotada de racionalidad suficiente, éste se niega a admitirlo, es cuando se opera la liberalización del deudor, para lo cual el Juez debe ponderar si la consignación practicada se ajusta estrictamente a las disposiciones que regulan el pago, a fin de declararla bien hecha y cancelar la obligación, con lo cual se alcanza condición de definitiva e irrevocable (arts. 1.177 y 1.180 CC).

LA FUNCIÓN CALIFICADORA DE LOS CONTRATOS ES COMPETENCIA DE LA SALA DE INSTANCIA CUYO CRITERIO DEBE PREVALECER (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1999.)

El recurrente entiende que la relación contractual litigiosa tiene naturaleza de típica compraventa mercantil. No obstante, la Audiencia en su día razonó, excluyendo la calificación, que los pactos que vinculan a las partes integran «una figura contractual atípica y compleja que participa de la diferente naturaleza jurídica que configura ya la compraventa, ya al suministro» ya al contrato de ejecución de obra y que los litigantes engloban bajo la genérica denominación de «contratos industriales». Ergo como la función calificadora del contrato es competencia de la Sala de Instancia, cuyo criterio debe prevalecer, salvo que sea ilógico, excepción que no se produce en el caso de autos, no prospera este motivo.

LA ACEPTACIÓN POR EL ACREEDOR DE LA OBLIGACIÓN DEL FIADOR PUEDE SER TACITA. (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1999.)

El Tribunal Supremo entiende la que sentencia de la Audiencia recurrida reconoce el carácter subsidiario de la fianza prestada al declarar en su fallo que el recurrente «solamente debe ser condenado si no pudiera hacer pago el deudor principal». Además, el artículo 1.834 CC permite demandar conjuntamente al deudor y fiador, si bien ha de quedar a salvo el beneficio de exclusión de éste, y no puede hacerse efectiva inmediatamente su condena. Por último, es incomprensible que se diga que el recurrente no ha sido requerido de pago cuando ha sido demandado junto con el deudor por el acreedor a ese fin, contestando a la demanda y apelando la sentencia de primera instancia.

EL CONTRATISTA DE UNA OBRA QUE NO HA SIDO PENALIZADO POR EL DUEÑO, POR RETRASO EN LA TERMINACIÓN DE LA MISMA, NO PUEDE PENALIZAR AL SUBCONTRATISTA POR DICHO RETRASO. (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1999.)

La Sala del Tribunal Supremo señala que si bien la interpretación de los contratos es, en principio, función propia de los juzgadores de la instancia, el resultado hermenéutico por éstos obtenido puede, sin embargo ser sometido a esta revisión casacional, cuando con el mismo se llegue a conclusiones absurdas o ilógicas, siendo éste el supuesto aquí contemplado. En sede de doctrina general, en todo contrato de arrendamiento de obra, la ya típica cláusula penal de uso tan frecuente, que consiste en la fijación del pago, por el contratista de una sanción pecuniaria por cada día de retraso en el plazo pactado de terminación de la obra, está concebida obviamente, a favor del dueño de la obra para compensarle de los perjuicios que le ocasione el retraso en la entrega de la misma ya totalmente terminada. La cláusula penal objeto del proceso no puede tener la aplicación automática que corresponde a la típica cláusula penal al principio indicada en sede de doctrina general, y ello no sólo porque en la carta de la contratista a la subcontratista se dice expresamente que «la penalización será proporcional a la que tiene la contratista», sino también porque aunque no existiera tal documento la entidad contratista no puede sufrir, por el retraso en la terminación, el perjuicio que afecta al dueño de la obra (ya que no lo es), sino que única y exclusivamente puede considerarse perjudicada en la medida en que se vea penalizada por un retraso en la terminación de la obra, que no le sea imputable a ella (como contratista), sino a un subcontratista de la misma. Como en el presente supuesto litigioso aparece plenamente probado que la entidad contratista no ha sido penalizada por el dueño de la obra, por retraso en la terminación de la misma, ni por ningún otro concepto, es evidente que no puede ella pretender la aplicación a la subcontratista de la cláusula penal litigiosa por un supuesto perjuicio que no ha tenido, aparte de que si se accediera a la aplicación de la cláusula penal litigiosa a favor de la contratista se estaría viabilizando un evidente y totalmente recusable enriquecimiento injusto a favor de la referida contratista.

LOS ARTÍCULOS 1.124 Y 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL SE COMPLEMENTAN.
(SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1999.)

Las sentencias dictadas por esta Sala han creado una doctrina jurisprudencial, que especifica que los artículos 1.124 y 1.504 CC no se excluyen sino que se complementan, en el sentido de que la regla general que se establece en el primero para toda clase de obligaciones recíprocas no obsta al desarrollo específico y concreto del segundo para el supuesto de compraventa de inmuebles, y para el caso concreto de falta de pago del precio por parte del comprador. Ahora bien, para una correcta aplicación del artículo 1.504 CC, deben concurrir los siguientes requisitos: precio aplazado, impago del precio, voluntad rebelde al cumplimiento del pago del precio, requerimiento judicial o notarial y que el vendedor cumpla sus obligaciones de entrega del bien inmueble. Existe una doctrina jurisprudencial pacífica y constante, que ha superado una anterior contrapuesta, la que especifica que nada impide calificar al requerimiento del artículo 1.504 CC como un acto jurídico complejo integrado, en su fin principal, por una declaración unilateral de voluntad —a la que la Ley anuda un efecto resolutorio contractual— condicionada, es decir que la finalidad última, que es el ejercicio de la resolución, se debe supeditar, en el sentido técnico-jurídico, o se debe subordinar al cumplimiento de un acto concreto: el pago por el deudor comprador.

ES CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN LA IMPOSIBILIDAD NO IMPUTABLE AL DEUDOR. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1999.)

Se considera infringido el artículo 1.184 CC que establece la imposibilidad objetiva de cumplir la obligación como causa de extinción; es causa de extinción de la obligación por no ser posible realizar la prestación por el deudor, sin que le sea imputable a éste, si le es imputable no es causa de extinción de la obligación sino que da lugar a la resolución, a la ejecución forzosa en forma específica o a la indemnización. No hay infracción del artículo 1.184 del Código Civil cuya aplicación no procede en el presente caso.

NO SE PUEDE CITAR COMO INFRINGIDO EL ARTICULO 1.591 CC PARA CUESTIONES DE NATURALEZA PROBATORIA. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1999.)

Los pretendidos vicios de la obra, la sentencia recurrida los imputa a la actora, sin que se haya citado ninguna norma infringida en aquella valoración probatoria, por lo que ha de quedar incólume en este recurso. El artículo 1.591 CC es norma de carácter sustantivo y nada atañe a la cuestión de prueba. Además frente al juicio de la Audiencia la actora enfrenta el dictamen técnico que acompañó a la demanda, pero por sí mismo nada hace que tenga el carácter de veracidad, por haberse hecho a petición de parte interesada y no durante el período probatorio de este procedimiento.

I. I. M.

LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. ACUMULACIÓN DE ACCIONES. SIMULACIÓN CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Marbella en Sentencia de 12 de diciembre de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.^a) en Sentencia de 30 de diciembre de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—El presupuesto procesal del litisconsorcio pasivo necesario obliga a avocar a juicio a todos los interesados en la relación jurídica material que es objeto de debate judicial y que de alguna manera han de quedar afectados por la resolución que se dicte; sin embargo, no tiene ese alcance absoluto que propugna el recurrente la presente litis, porque resulta de toda evidencia la innecesariedad de traer al pleito a aquellas personas que, aun estando implicadas en la relación jurídica material, han demostrado su aquiescencia a determinados reconocimientos que de ellos se pretendía. Por eso tal doctrina aplicada a nuestro caso determina el rechazo de la excepción de litisconsorcio pasivo alegada, pues figurando el esposo como demandante ha de negársele legitimación para ejercitar la acción de anulabilidad del acto dispositivo por falta de consentimiento de la esposa, la presencia de la misma en el proceso es muestra de su aquietamiento a la pretensión de anulabilidad ejercitada por ella por lo que era necesaria su llamada al pleito en concepto de demandado sin que la sentencia, en caso de declaración de nulidad, haya de contener pronunciamiento condenatorio para el esposo que entonces vendría obligado a soportar la nulidad en razón al consentimiento manifestado a la acción ejercitada por la esposa.

Aparte de desestimar el litisconsorcio pasivo necesario también se rechaza la defectuosa acumulación de acciones, y para ello tiene en cuenta que las acciones acumuladas nacen de un mismo contrato cuya nulidad se postula. Si bien por diferentes causas no incompatibles entre sí, se dirigen contra las mismas personas en concepto de demandados.

La simulación contractual se produce cuando no existe la causa que normalmente expresa el contrato, por responder esta a otra finalidad jurídica distinta sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que el contrato haya sido documentado ante el fedatario público que, como tiene declarado la Sala la eficacia de los contratos otorgados ante Notario no alcanza la veracidad intrínseca de las declaraciones de los contratantes, ni la intención o propósito que oculten o disimulen, porque esto escapa a la apreciación notarial, dado que, evidentemente, el documento público da fe del hecho y de la fecha, pero no de su verdad intrínseca; por otra parte, es necesario acudir a la prueba de las presunciones determinada en el artículo 1.253 del Código Civil para apreciar la realidad de la simulación, y ello por ser grandes las dificultades de la prueba plena de la simulación de los contratos por el empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad. Según reiterada jurisprudencia se puede distinguir una dualidad o simulación absoluta, cuando el propósito negocial inexistente por completo y la relativa que es cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado, ostenta una finalidad cuasi pública con los institutos que en su juego operativo se prevalecen de la significativa tutela de la intemporalidad o

imprescriptibilidad de aquellas acciones que persiguen la destrucción de lo así simulado y el prevalimiento de la realidad con el desenmascaramiento del negocio de ficción efectuado.

PRESCRIPCIÓN. NOTIFICACIÓN. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Granollers en Sentencia de 29 de abril de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.^a) en Sentencia de 7 de junio de 1993 estima los recursos deducidos.

El recurso de casación no triunfa.

Hechos.—Acaece un incendio a causa del cual queda destruido un almacén y las viviendas superiores del edificio. Dicho almacén estaba arrendado, y su techo no se encontraba recubierto de mortero de c.p.a. de tres centímetros de grosor como exige el Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas y en estado deficiente. En el citado local no sólo se guardaban en el momento del incendio materiales no combustibles destinados a la construcción, sino también otros fácilmente inflamables, como plásticos, colas y dos vehículos de la empresa.

Doctrina de la Sentencia.—La acción se ejercitó transcurrido el plazo legal de prescripción. De un lado, la sentencia recurrida entiende que la prescripción como limitación que es al ejercicio extemporáneo y tardío de las acciones en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una aplicación rigorista, al ser una institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, ha de merecer un tratamiento restrictivo, criterio especialmente aplicable en las prescripciones cortas, de plazo anual o similar. Y es que la conducta del perjudicado solicitando la indemnización aparece opuesta a la inactividad que sustenta la institución en la presunción de abandono de su titular, eliminándose el fundamento subjetivo sobre el que se mantiene, sin olvidar el objetivo de protección del deudor determinante, pero compatible en tanto no se vulneran las exigencias de seguridad y certeza, conforme a lo reiterado y declarado por la jurisprudencia.

En nuestro supuesto, incoado un proceso penal, el plazo anual queda interrumpido por la tramitación de la vía penal preferente, debiendo de computarse desde el momento en que se concluyó la causa criminal, como mínimo y salvo supuestos específicos no aplicables a la litis y la interrupción de la prescripción de conformidad con el artículo 1.974 del Código Civil, en las obligaciones solidarias, aprovecha o perjudica por igual a todos los acreedores y deudores, lo cual significa que cualquier acción intentada contra alguno de ellos es oponible frente a los demás. En consecuencia, incoadas diligencias penales por los hechos enjuiciados en los presentes autos no comenzó a computarse dicho plazo sino desde que concluyeron las diligencias. La Sala consideró que no cabe presumir el transcurso del plazo de prescripción. Más, recientemente, la jurisprudencia evoluciona, conforme a doctrina del Tribunal Constitucional, en el sentido de que debe constar conocimiento del archivo definitivo o sobreseimiento de las actuaciones penales, por medio de la notificación correspondiente, a los interesados que no fueron «parte» en el proceso penal para que a partir de esa fecha se compute el plazo. Y es que en un

supuesto semejante, recogiendo la doctrina de que «subsistiendo la llamada acción civil derivada de delito por no haberse renunciado a la misma el perjudicado, y no habiéndose éste personado en el proceso penal, los órganos judiciales procederán a la notificación de la providencia de archivo de las actuaciones penales», pues en otro caso, la ausencia de esta notificación es susceptible de efectuar negativamente, como aquí sucede, el derecho constitucional de la perjudicada en el orden civil y hacer valer sus pretensiones para la reparación del daño sufrido. Al no haberse notificado a los perjudicados el auto de archivo con las actuaciones penales, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción de la ejercitada acción civil de responsabilidad por culpa extracontractual (artículo 1.968.2.º) es aquel en que, según se pruebe en el proceso, los perjudicados tuvieron por otro medio, real y efectivo, conocimiento de la existencia.

Además de lo hasta ahora expuesto, hemos de añadir que es reiterada la doctrina que mantiene que la interpretación que haya de darse a las normas que regulan los plazos de prescripción en el ejercicio de los derechos y acciones o establecen el cómputo de dichos plazos, sin embargo, dentro de la función de garante de los derechos fundamentales que le está encomendada corresponde a este Tribunal determinar si las resoluciones judiciales impugnadas por prescindir enteramente de la falta de notificación de la providencia de archivo de las actuaciones penales a la perjudicada, es contraria al derecho de acceso al proceso en el orden civil, que el artículo 24.1 de la Constitución española reconoce, para lo que se ha de tener en cuenta que el perjudicado en el proceso penal no puede reiniciar el ejercicio de la acción civil para la reparación del daño causado hasta que terminen las actuaciones penales, y ello porque el conocimiento de la fecha en que han finalizado dichas actuaciones constituye un presupuesto necesario para el ulterior ejercicio de la acción civil ante otro orden jurisdiccional. Y también porque el conocimiento de este hecho ha de valorarse en atención a las consecuencias negativas que puede sufrir el perjudicado cuando no ha renunciado al ejercicio de la acción civil.

FALTA DE JURISDICCIÓN O COMPETENCIA OBJETIVA O FUNCIONAL. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Zaragoza en Sentencia de 16 de febrero de 1993 estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª) en Sentencia de 29 de febrero de 1993 estima en parte el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Objeto de la litis.—La declaración de suspensión de pagos no produce limitación alguna en la capacidad jurídica del suspenso. Sus facultades no tienen otra limitación que la que lleva a cabo el órgano de control que conforman los interventores o los que decreta la suspensión de pagos, tratándose de situación distinta a la quiebra, como dispone y prevé el artículo 6 de la Ley de Suspensión de Pagos de 22 de julio de 1922, y esto lleva a la posibilidad de que durante el estado de suspensión puedan plantearse juicios ordinarios contra el comerciante deudor suspenso al margen del propio procedimiento concursal, para, entre otros supuestos, ejercitar acciones resolutorias de las

relaciones obligacionales concertadas, aunque la sentencia que recaiga no podrá entrar en vía ejecutoria, al quedar vinculado el actor que la hubiera obtenido favorable al convenio que se alcance en el procedimiento de suspensión y siempre que no se trate de créditos privilegiados.

Doctrina de la Sentencia.—Lo que efectivamente se cuestiona es si se da situación de litisconsorcio pasivo necesario. Los preceptos que se dicen infringidos no declaran ni justifican la vocación al proceso de los interventores en supuestos como el presente, lo que sí sucede para los casos previstos en el artículo 22 de la Ley de Suspensión de Pagos. Los interventores no tienen que completar la capacidad jurídico-procesal del suspenso, ya que la ley no la limita —aunque en cierto sentido la controla— y sobre todo en lo que concierne a su posición pasiva en el litigio entablado contra el mismo. En realidad, la función de los interventores resultan expresamente delimitadas en la Ley especial, y no inciden en la actitud del comerciante suspenso para soportar las demandas que se entablan contra el mismo. Y es que la relación contractual que medió entre los litigantes «fue una compraventa mercantil ordinaria» y no la especial de venta de bienes muebles a plazos.

EL SEGURO OBLIGATORIO DEL AUTOMÓVIL COMO BASE DEL SEGURO OBLIGATORIO DE CAZA. RELACIÓN ENTRE AMBOS. (SENTENCIA DEL 12 DE MARZO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Zafra (Badajoz) en Sentencia de 14 de junio de 1993 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2.ª) en Sentencia de 2 de noviembre de 1993 estima parcialmente los recursos interpuestos.

Prospera en parte el recurso de casación.

Objeto de la litis.—El artículo 52.3 del Reglamento de Caza de 25 de marzo de 1971 remite la cuantía máxima de las prestaciones a cargo del seguro obligatorio de caza a lo establecido en la normativa que regula el seguro obligatorio de automóviles.

Doctrina de la Sentencia.—La actual regulación del seguro obligatorio del automóvil en cuanto al ámbito y límites del seguro se encuentra en el Real Decreto de 30 de diciembre de 1986, que aprueba el Reglamento del Seguro de Responsabilidad Civil derivado del uso y circulación de vehículos de motor, obligatorio, cuyos límites cuantitativos se encontraban en el artículo 13. Dicho precepto fue modificado por el Real Decreto de 30 de octubre de 1992, que eleva los límites de indemnización del de responsabilidad civil, surgente por la adaptación de España al Tratado de Adhesión a las Comunidades Europeas, elevándose el límite de los daños corporales.

DERECHO DE OPCIÓN DE COMPRA. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 14 de los de Madrid en Sentencia de 30 de noviembre de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de

Madrid (Sección 13.^a) en Sentencia de 6 de junio de 1994 desestima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Objeto de la litis.—La controversia procesal se centra en si la resolución operada, extinguida la opción por caducidad al no haberse ejercitado en el plazo acordado, resulta de procedencia, y con ello la recurrente tiene derecho a que se le reintegren las cantidades que anticipo.

Doctrina de la Sentencia.—Se trata aquí del ejercicio tardío de la resolución por la parte actora y por tanto, inoperante, y asimismo configura un acto voluntario, pues ni se alegó y menos se demostró la concurrencia de alguna causa determinante que hubiera impedido su ejercitación en el tiempo que correspondía y resultaba apto para su eficacia. La doctrina contenida en varias sentencias DECIDIÓ QUE la resolución del contrato opcional debió de llevarse a cabo durante la vigencia del mismo. Y, sin embargo, la sentencia recurrida no aplicó tal doctrina e interpretó mal el clausulado que reglamentaba el contrato de opción, al decretar que podía resolverse extinguida aquella, lo que no resulta posible, infringiéndose los artículos 1.254 y 1.255 en relación al 1.262 del Código Civil, pues la OPCIÓN DE COMPRA, al carecer de disciplina normativa salvo la referencia que efectúa el artículo 14 del Reglamento Hipotecario tiene su fuente de regulación en la voluntad de las partes, no autorizándose, por tratarse de relación obligacional, que su validez y cumplimiento pueda quedar al arbitrio de uno de los contratantes, que es lo que sucedería si se aceptase la tesis del Tribunal de Instancia, ya que de esta manera la facultad resolutoria se prorrogaría *sine die*. Y es que la resolución de los contratos exige que éstos tengan existencia, que tengan vida jurídica. No se puede resolver aquello que dejó de tener constancia efectiva, como sucede en nuestra litis, pues al no ejercitarse la opción en el plazo de su vigencia, pereció automáticamente por imperio de la caducidad a la que estaba sometida, perdiendo toda existencia jurídica que el concedente mantuvo y respetó en todo el tiempo de vigencia el derecho que había otorgado.

INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO SOBRE OBLIGACIÓN DE SU PAGO. EXISTENCIA, EFECTOS Y OBLIGATORIEDAD DE LOS CONTRATOS. (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 13 de los de Madrid en Sentencia de 6 de julio de 1992 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.^a) en Sentencia de 20 de diciembre de 1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Objeto del litigio.—El problema del presente caso reside en que se celebra compraventa pública en virtud de escritura de 11 de febrero de 1986, por medio de la cual la recurrente adquiere de la mercantil demandada un edificio con pago aplazado, consistiendo dicho aplazamiento en que la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid retiene en garantía del pago de la liquidación definitiva y firme del Arbitrio de Plusvalía y otros que proceden, una cantidad, importe que será reducido del último pago del precio aplazado, sin

perjuicio, eso sí, de posibles mutuos abonos, pactando en la concreta cláusula séptima lo siguiente: «Todos los gastos, contribuciones e impuestos que se deriven de esta compraventa serán satisfechos por las partes con arreglo a la ley».

Doctrina de la Sentencia.—Resultó improcedente el reintegro de la totalidad del impuesto, pues si cabe admitir una autorización en principio, ya que el pago lo efectuó la compradora por la parte vendedora, y es ésta la primera obligada, cuando sucede, como en nuestro caso, que el tributo no tiene condición de firme y definitivo y pender de su determinación por no haberse resuelto los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la vendedora contra la liquidación efectuada por el Ayuntamiento de Madrid y no desconocidos por la Cámara Oficial, las partes contratantes han de respetar y acatar las reglamentaciones obligacionales que acordaron, no siendo posible, por prohibirlo el artículo 1.256 del Código Civil, el cumplimiento arbitrario unilateral.

EL CONTRATO DE SEGURO. LAS FACULTADES DE LOS AGENTES AFECTOS REPRESENTANTES. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 12 de los de Valencia en Sentencia de 12 de noviembre de 1991 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.^a) en Sentencia de 30 de octubre de 1993 estima en parte el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La comunidad de propietarios «Torres del Turia» demanda a la entidad «Lepanto S.A., Compañía de Seguros y Reaseguros», interesando quedar obligado por el seguro contratado que incluía daños por siniestros producidos en las jardineras existentes en las azoteas del edificio, y la condena a la reparación de los daños causados a la comunidad y demás asegurados o beneficiarios en cuantía a determinar en fase de ejecución de sentencia. Y, subsidiariamente, la decisión hecha de la no inclusión en el contrato de los siniestros provenientes de las mencionadas jardineras.

Doctrina de la Sentencia.—Ante este sentir y en base a lo dispuesto en y por el artículo 17.2 de la Ley de Producción de Seguros Privados, las entidades aseguradoras serán responsables frente a terceros de los actos realizados por sus agentes en todo lo que haga referencia a su actuación, de acuerdo con el contrato de agencia, entendiéndose que están facultados «para el cobro de primas contra entrega de recibos firmados por apoderado... y para llevar a cabo los actos de comunicación entre ésta y el asegurado». Y el artículo 42.2 de su Reglamento, para el que «la amplitud de las facultades del agente estará determinada en el contrato de agencia» y «en ningún caso el asegurado que haya actuado de buena fe podrá verse perjudicado por las facultades conferidas al agente y no reconocidas en las normas reguladoras del seguro...» y 45.3 del mismo Reglamento, donde se precisa que «las entidades aseguradoras serán responsables frente a terceros de los actos realizados por sus agentes en todo lo que haga referencia a su actuación, de acuerdo con el contrato de agencia, sin perjuicio del derecho de repeti-

ción contra el agente». La figura del factor mercantil requiere, en punto a su actuación correcta en el medio negocial, de la previa existencia de un apoderamiento escriturado, así como acomodar su actividad a las facultades conferidas en el poder o directrices marcadas por su mandante, no lo es menos que en su comportamiento frente a terceros tiene vital importancia la apariencia jurídica que rodea su actuación, de manera que cuando el quehacer que realiza, por su propio contenido trascendente y representativo, transmite al tercero la creencia racional de estar contratando con un verdadero apoderado, la consecuencia que origina es la vinculación entre la empresa y dicho tercero, pues de lo contrario quebraría el principio de seguridad jurídica.

RECONVENCIÓN. CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRAS. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia de Puertollano en Sentencia de 10 de julio de 1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2.^a) en Sentencia de 31 de diciembre de 1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Se alega la concurrencia de falta de legitimación pasiva en base a que el presupuesto que actúa como relación contractual entre los litigantes de fecha 25 de septiembre de 1990 fue suscrito por la contratista —parte actora, «Instalaciones Aguirre, S.L.»—, y don José Cabanas Fernández, y no por la recurrente, sociedad «Cabanas e Hijos, S.A.», siendo el objeto del contrato de arrendamiento de obras, las actividades de acondicionamiento e instalación de frío en el hotel denominado «Cabanas», propiedad de la mercantil citada, con aportación de materiales.

Doctrina de la Sentencia.—La excepción fue aportada al proceso de manera tardía y sin justificación, al resultar incompatible con la pretensión deducida en reconvención de resolución del contrato. Paralelamente a esto decir que, don José Cabanas Fernández no actuó para sí y por cuenta propia, sino como representante autorizado y legal de la entidad que recurre, pues en la escritura constitucional se le nombró Administrador Único y no se probó que hubiera sido cesado en dicho cargo. Al mismo tiempo la documentación emitida por la actora y aceptada para dar cumplimiento al contrato suscrito figuraba expedida a nombre de «Cabanas e Hijos, S.L.», y lo mismo sucede con las letras libradas por el pago del precio que la mercantil aceptó. También se contradice el *factum* declarado probado de que las obras realizadas están dotadas de perfección en su ejecución y si no se finalizaron fue debido a que el dueño incurrió en incumplimiento de pago acreditado y hubieron de suspenderse los trabajos de la instalación concertada, al introducir unilateralmente la que recurre otra empresa, y la cantidad reclamada en la demanda se correspondía con el resto del precio adeudado por la obra parcial efectuada. Y aunque en el presupuesto figuraba un precio global, la dinámica del contrato operó en la forma inusual de satisfacer parcialmente el precio contra certificaciones de obra realizada, y ello aunque el artículo 1.599 del Código Civil impone que el precio se satisfará

al hacerse la entrega, por vía del pacto bilateral pueden acordarse pagos fraccionados y éstos resultan posibles y vinculan, aunque la obra se hubiera concertado por precio alzado y no hay concurrencia de convenio previo, por no mediar el tácito de aceptar el giro anticipado, que se satisface aunque no sea en su totalidad.

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA. INCUMPLIMIENTO DE LA CONFIGURACIÓN DE LA FACULTAD DE POSEER POR EL COMPRADOR. (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Benidorm en Sentencia de 19 de noviembre de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.ª) en Sentencia de 6 de noviembre de 1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Base fáctica de la presente litis.—Don Dennis Sugar Frank celebra contrato de compraventa en escritura pública, en fecha 8 de noviembre de 1988, como vendedor, con don Joseph Antoine Cebokli, como comprador, cuyo objeto es una vivienda unifamiliar, con sus muebles y enseres y una parcela de terreno, por un precio cierto, cuyo pago en parte se hace en el acto y en parte es aplazado con condición resolutoria en caso de impago. El vendedor (don Dennis Sugar Frank) se reserva con carácter vitalicio el derecho de habitación en la planta alta de la vivienda y el garaje de la planta baja y se añade la siguiente cláusula: «El comprador tendrá derecho a la utilización sin restricción de la planta baja y jardín de la total finca desde la firma de la escritura. Este derecho es personal para el comprador y su madre». El 20 de marzo de 1990 don Joseph Antoine Cebokli vende el objeto de la compraventa anterior a doña Pilar Pérez Cuenca, en la escritura se hace constar el derecho de habitación y la cláusula citados.

Doctrina de la Sentencia.—La base jurídica de nuestra litis es el rechazo a la teoría del móvil causalizado como aplicable al caso. A la vista del artículo 1.274 del Código Civil se mantiene que la causa como elemento esencial del negocio jurídico y del contrato es un concepto objetivo. El móvil subjetivo es, en principio, una realidad extranegocial, a no ser que las partes lo incorporen al negocio como una cláusula o como una condición, sin embargo, se puede dar el caso de que el móvil se incorpore a la causa, es el móvil causalizado, y tenga trascendencia como tal elemento del negocio jurídico, y como elemento afecta a la existencia, no al desarrollo o al cumplimiento del contrato. En nuestro caso no se puede entender que un determinado móvil —que una persona, el comprador, y su madre, convivan en la casa— haya llegado a integrar la causa, lo que no se deduce del contrato en el que se ha previsto una condición resolutoria por impago, pero no por falta de convivencia, ni se ha declarado probado por la sentencia de instancia que simplemente construye la teoría del móvil causalizado sin apoyarse en hechos declarados probados. La resolución del contrato es la ineficacia de éste, con efecto retroactivo, en virtud de causa que no sea invalidez inicial, desapareciendo la relación contractual y volviendo las partes a la situación jurídica anterior. En el contrato de compraventa de 8 de noviem-

bre de 1988 ya citado, se previo el uso de la planta baja, pues la planta alta la utilizaba el vendedor en virtud del derecho de habitación que se constituyó a su favor era un derecho personal para el comprador y su madre. Al venderse a un tercero, con la subsiguiente facultad de ocupar y poseer la finca, se incumplió frontalmente esta previsión. No se trata, mantiene la Sala, de una prohibición de disponer, inaplicable en un contrato a título oneroso, ni de una obligación, sino de la configuración de una facultad, más que de un derecho, derivada de la compraventa y de la adquisición de la propiedad de posesión como facultad personal. Al transmitirse la propiedad a un tercero, se incumple la cláusula contractual, válida según el artículo 1.255 del Código Civil que forma parte de la *lex contractus* aplicable, según el artículo 1.091 del mismo cuerpo legal, a nuestra *itis*. No se puede pensar que es una obligación secundaria que no puede dar lugar a la resolución, ya que ni es secundaria ni es obligación. Es, más bien, una configuración de la facultad de poseer, que aparece como esencial y cuyo incumplimiento da lugar a la resolución. La resolución afecta al contrato de 8 de noviembre de 1988, siendo su efecto RETROACTIVO, con lo que pierden validez aquellos actos de disposición que realiza el comprador adquirente, es decir, pierde validez el contrato celebrado el 20 de marzo de 1990 por don Joseph Antoine Cebokli y Doña Pilar Pérez Cuenca.

CONTRATO DE COMPRAVENTA. RECLAMACIÓN DE PARTE DEL PRECIO APLAZADO. (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Burgos en Sentencia de 30 de marzo de 1993 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2.^a) en Sentencia de 1 de diciembre de 1993 estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Don Isidro Sanz Barahona y doña M.^a Angeles Garay Ideal reclaman una cantidad como parte del precio de una nave que fue de su propiedad y que fue vendida a los demandados. La citada venta tuvo lugar mediante escritura pública otorgada el 24 de octubre de 1989, previa la autorización del Juzgado y con la asistencia de los interventores, dada la situación de Suspensión de Pagos en que aquélla se hallaba, pactándose que los compradores harían efectiva en el momento de la transmisión determinada cantidad, quedando otra retenida como garantía de los materiales de los bienes adquiridos, que se debería llevar a cabo por los transmitentes en el plazo máximo de tres meses a contar desde esa fecha.

Doctrina de la Sentencia.—De los términos del contrato se desprende claridad y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, estamos única y exclusivamente en presencia de un aplazamiento de parte del precio, no de una cláusula penal que autoriza a la pérdida de éste o a su reducción cuando la entrega no se produjera en el tiempo establecido. Las llaves fueron entregadas por conducto notarial unos días después del señalado en el contrato, por lo tanto, se cumple la condición que obligaba a los compradores a pagar el resto del precio o cantidad retenida.

TITULO-VALOR. ARTICULO 359 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.
(SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 41 de los de Madrid en Sentencia de 10 de septiembre de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.^a) en Sentencia de 12 de noviembre de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

Objeto del litis.—En el presente caso el núcleo de la contienda judicial esta constituido por la emisión de obligaciones al portador que efectúa la parte recurrida, o sea por la creación de un número determinado de títulos valores.

Doctrina de la Sentencia.—Los títulos-valores, doctrinalmente hablando, son aquellos documentos que respetando derechos de contenido patrimonial, por encontrarse sometidos a un régimen especial sustantivo y por carecer de una regulación específica, se da en ellos una gran importancia a la voluntad de los emisores y también de los tenedores. En otro orden de cosas y en base a lo determinado en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que las sentencias sean congruentes es requisito que las mismas respondan a las pretensiones de las partes. La congruencia requiere conformidad entre la parte dispositiva de la resolución judicial y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, tanto en lo que afecta a los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídico-procesal como en lo que atañe a la acción ejercitada, sin que le sea lícito al juzgador alterar ni modificar la causa de pedir.

CAUSA DEL CONTRATISTA. (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 38 de los de Madrid en Sentencia de 28 de abril de 1992 desestima la excepción planteada. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.^a) en Sentencia de 1 de febrero de 1994 desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—La sociedad «Consulting y Servicios a la Construcción, S.L.», concierta en documento privado de fecha 10 de mayo de 1991 con la sociedad «Mancaper, S.L.», la compra de una finca. Se fija un precio de venta, entregando una determinada cantidad en concepto de arras penitenciales y el resto de la cantidad fijada sería abonada por la compradora en un plazo máximo que se extendería hasta el 5 de septiembre de 1991, contra entrega de escritura pública. En una de las cláusulas de venta se pacta por la vendedora el otorgar escritura pública a la persona física o jurídica que designase la compradora, «la vendedora, pues, otorgará a petición de la compradora un poder notarial a elección del comprador para poder gestionar la venta de la finca objeto del contrato, así como su permuta o dación en pago y con vigencia hasta el 20 de diciembre de 1991».

Doctrina de la Sentencia.—La *ratio decidendi* de la sentencia recurrida no es otra que la falta de cumplimiento de la obligación de pago del resto apla-

zados, y en la que es contraria a la buena fe la conducta de la compradora al ofrecer el pago uno o dos días antes del vencimiento del plazo. Además de esto tampoco se podía alcanzar el fin del contrato, la nueva edificación sobre el solar adquirido, ya que por las ordenanzas aplicables, no tenía la superficie necesaria. Y es que no se ofreció el pago del precio que quedó aplazado simultáneamente al otorgamiento de la escritura pública de venta por la sociedad vendedora, lo probado es que la sociedad recurrente envió un telegrama en el que se le pedía que le otorgase poder notarial para formalizar la compraventa y solucionar defectos técnicos sobre su demolición y nueva construcción, que fue respondido con otro al día siguiente por la vendedora, requiriendo a la compradora para que señalase día, hora y Notario, y que no tenía óbice en otorgar poder alguno siempre que pagase lo convenido en el contrato. La sentencia niega que el primer telegrama sea un ofrecimiento de pago. Además el fin del contrato es posible de alcanzar porque la finalidad para la que se adquiría la casa y sus condicionamientos a estos efectos nada habían probado en contrario, excepto la entrega por la vendedora a la compradora de un documento destinado al estudio del solar. De tal forma que si la compradora creyó de manera subjetiva que la casa se podía demoler y edificar sobre el solar resultante un edificio de determinadas características y no se puede hacer es un error que no riesgo asumido por la vendedora y fácilmente subsanable.

CONTRATO VERBAL DE CESIÓN DE LA POSESIÓN DE UNOS INMUEBLES EN RUINA. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA. NO POSESIÓN DE MALA FE POR PARTE DEL CESIONARIO: EJERCICIO DEL DERECHO DE RETENCIÓN HASTA EL ABONO DEL IMPORTE DE LOS GASTOS DE CONSTRUCCIÓN DEL LOCAL. GASTOS NECESARIOS NO GASTOS ÚTILES. (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Vigo en Sentencia de 11 de marzo de 1993 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4.^a) en Sentencia de 15 de octubre de 1993 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Fue declarado hecho probado que la relación obligacional existente entre las partes, estipulada solamente en forma verbal, consistió en la cesión por parte del demandado del uso de dos inmuebles contiguos y plenamente edificados, sitos en la isla Norte de las islas Cíes (Galicia), con el fin de que pudiera el demandado explotar un negocio de bar-restaurante, realizando el demandado obras de adaptación necesarias sobre alguna de las cuales le dio instrucciones la actora, y a cambio la parte demandante obtenía como beneficio atraer visitantes a las Islas y como consecuencia de ello pasajeros a sus barcos.

Doctrina de la Sentencia.—Con base en dichos hechos probados, la sentencia recurrida llega a la conclusión de que la relación contractual entre las partes no estipulada por escrito sino sólo verbalmente que un contrato atípico y ese mismo carácter unido al hecho de que sea una relación obligacional para la que no se convino una duración determinada, remite a aquellos supuestos

que permiten que las partes puedan liberarse de la relación obligatoria. Paralelamente a lo antedicho, se esboza que la acción reivindicatoria ejercitada por los actores fue un medio procesal y sustantivo adecuado para recuperar la posesión de los bienes litigiosos. También debemos tener en cuenta que la posesión se mantiene en ejercicio de un derecho de retención que ampara al poseedor, que es el que, implícitamente, protesta al poseedor cuando contesta al requerimiento notarial al advertir de los gastos invertidos, entonces no puede hablarse de posesión de mala fe, pues ningún ofrecimiento se le había hecho de compensar gasto alguno pudo contraponer su derecho de retención y ejercerlo. La condena al pago de los gastos de construcción realizados en la finca litigiosa, sin haber reconocido la opción de poder abonar el aumento de valor que por tales gastos adquiere la cosa (artículo 453, párrafo 2.º, del Código Civil) es rechazada, pues la opción que concede tal precepto está referida única y exclusivamente a los gastos útiles, cuya condición no concurre en los gastos de construcción realizados en la finca litigiosa, sino que tienen el carácter de gastos necesarios, pues por exigencias de lo verbalmente estipulado por las partes hubieron de ser realizados para transformar un inmueble que se hallaba prácticamente en ruina en un bar-restaurante en pleno funcionamiento.

COMPETENCIADESLEAL: LEY 3/1991, DE 10 DE ENERO. ESTUDIO CONCRETO DE LOS ARTÍCULOS 2 Y 5 DE DICHO CUERPO LEGAL (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Oviedo en Sentencia de 13 de septiembre de 1993 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 6.ª) en 1 de febrero de 1994 estima el recurso de apelación.

Hechos.—Don Jo vino Alberto Félix Vázquez es propietario de un negocio denominado «El Trampolín», dedicado a la venta de prensa y revistas y luego ampliado a golosinas, frutos secos, caramelos y similares, colindante al mismo se encuentra un establecimiento dedicado a cine. Por acuerdo de fecha 8 de enero de 1993 se adopta la decisión de instalar en el interior un servicio de cafetería en el que se venden bebidas, aperitivos, chocolatinas, etc., teniendo licencia para el ejercicio de tal actividad. A la puerta de entrada al cine se coloca un cartel en el que se dice que no se permite la entrada al mismo con bebidas y productos comestibles.

Doctrina de la Sentencia.—La presente litis dedica su estudio a la posible infracción de los artículos 2 y 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Por lo que se refiere al número 2, en tal precepto se analiza el ámbito objetivo de su aplicación, y se mantiene en el propio Preámbulo de la Ley lo siguiente: «para que exista acto de competencia desleal basta con que se cumplan las dos condiciones que prevé el párrafo primero del artículo 2», mencionado reiteradamente, y que dispone que el acto se «realice en el mercado», es decir, que se trate de un acto de trascendencia externa, y que se lleve a cabo con «fines concurrenciales», es decir, que el acto tenga por finalidad «promover o asegurar la difusión de las prestaciones propias o de un tercero», y caracterizada así la finalidad concurrencial del acto de competencia desleal de «promover o asegurar la difusión de sus prestaciones propias o de un

tercero», accediendo con ello a un mayor número de consumidores o usuarios de los que integran un determinado mercado, tal finalidad concurrencial no se da en la encargada de instalar un local destinado a la exhibición de películas (cine) un bar o cafetería; su cuota de mercado aumentará o disminuirá en razón de que las películas que exhiba tenga o no el favor del público que va a verlas, no de la prestación dentro de su local y únicamente a quienes a él hayan accedido mediante el pago de su correspondiente entrada con el fin de ver una película, de un servicio accesorio como es el bar, que habitualmente existe en locales de esta clase; carece pues su actuación en base a la explicación hecha de trascendencia externa, pues no le va a aportar en forma alguna un aumento de espectadores en perjuicio de la clientela de otro competidor. Por lo tanto, llegamos a la conclusión de que no se dan los requisitos exigidos por el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia para que un acto pueda ser calificado de desleal, al no quedar la conducta atribuida a la encargada de instalar el local destinado a cine incluida en el ámbito objetivo de aplicación de este texto legal. Por lo que se refiere al número 5 de la misma Ley de Defensa de la Competencia, en el mismo se establece la llamada «cláusula general», según la cual «se reputa desleal todo comportamiento que resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe», buena fe referida a la buena fe objetiva, prescindiendo de la intencionalidad (dolo o culpa) del sujeto y que el artículo 7.1 del Código Civil acoge como límite en el ejercicio de los derechos subjetivos. Tal norma obliga a la exigencia en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética que se refiere a valores tales, entre otros, como la honradez, la lealtad y la responsabilidad. Tal clausulado trata de prohibir todas aquellas actuaciones de competencia desleal que no encajan en las que posteriormente se recogen en los artículos 6 al 17. Y es que la sociedad que instaló el local destinado a la exhibición de películas no permitiese la entrada en el mismo con bebidas y comestibles no constituye acto vinculante para ella ni frente a los espectadores que acudían ni frente a los vendedores de tales productos, no es una conducta contraria a la buena fe, entendida esta como comportamiento justo y adecuado, el que establecimientos dedicados a distinta actividad tengan servicios de cafetería, prohíban mediante anuncios o similares el consumo en sus instalaciones de productos llevados desde el exterior por los que a ellos acceden, aunque con ello se produzca una merma en las ventas de los establecimientos cercanos.

I. M. G.

UN CONTRATO SE ENTIENDE CELEBRADO CON LA PERSONA A CUYO NOMBRE APARECEN TODAS LAS PRUEBAS DE LAS RELACIONES QUE DIERON ORIGEN A LA DEUDA, SI NO SE DEMUESTRA QUE ACTÚA EN NOMBRE O REPRESENTACIÓN DE OTRA PERSONA JURÍDICA. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Una SA demanda a un cliente el pago del resto del precio por la compra de unas mercaderías más los intereses moratorios; el demandado contesta y plantea excepción dilatoria de falta de legitimación pasiva, alegando que actuó en la compra como representante de otra SA de la que es socio fundador

y administrador. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, y la Audiencia Provincial la confirma en segunda instancia. El demandado recurre en casación.

El TS desestima el recurso al apreciar que, en efecto, el recurrente es la parte compradora, y no la entidad a la que dice representar, porque la sentencia de primera instancia, cuyos fundamentos de derecho han sido aceptados por la de segunda instancia —objeto del recurso— declara probado que las relaciones comerciales que dieron origen a la deuda que se reclama en este pleito fueron concertadas por el demandado-recurrente, a cuyo nombre se expiden facturas y albaranes, es él quien paga una cantidad a cuenta del montante total de la compraventa antes de la constitución de la SA de las que es administrador, y no se hace constar en facturas, albaranes y recibos que compre o pague por poder o en representación de otra sociedad o que actúe como administrador de la misma. Se rechazan también los motivos basados en infracción de las normas sobre la prueba, pues se consideran los hechos suficientemente probados, y la casación no es una tercera instancia.

LA ABSOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ARTICULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL HACE INCOHERENTE LA CONDENA POR «GENÉRICO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL», QUE SE REFIERE A LOS MISMOS VICIOS RUINOGENOS. (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

La compradora de un chalet demanda, por vicios y defectos en la construcción del mismo, a la sociedad promotora, a la sociedad contratista, al aparejador y al arquitecto al amparo del artículo 1.591 del Código Civil y del 1.101 del Código Civil por incumplimiento contractual, pretendiendo la condena solidaria de los demandados al pago de determinadas cantidades. En primera instancia, se estima parcialmente la demanda, condenando a todos a pagar, pero rebajando las cantidades. La sentencia es revocada por la Audiencia Provincial, que absuelve de la acción fundada en el 1.591 a todos los demandados, salvo al arquitecto, considerándole responsable único del daño sufrido por la actora, pero declarando que la promotora actuó con la suficiente diligencia; no obstante, la condena por «genérico incumplimiento contractual», por no entregar la edificación en suficientes condiciones de habitabilidad, e imputa los daños al arquitecto y a la promotora solidariamente; la constructora y el aparejador son absueltos. La promotora recurre en casación.

El TS estima en parte el recurso al estimar que las acciones de los artículos 1.591 y 1.101 del Código Civil son compatibles y acumulables en su ejercicio, pero la primera inutiliza necesariamente a la segunda, pues no hay mayor cumplimiento defectuoso que la entrega del inmueble con vicios ruinógenos; si la promotora ha sido absuelta de la responsabilidad del artículo 1.591, no se la puede condenar por «genérico incumplimiento contractual», pues éste sólo puede consistir en los vicios de la construcción.

LAS RELACIONES QUE SURJAN DE UN CONTRATO DE TRANSACCIÓN SE REGIRÁN EXCLUSIVAMENTE POR LO DISPUESTO EN ESTE, NO POR LAS RELACIONES QUE DIERON LUGAR A DICHO CONTRATO. LA INTERVENCIÓN DE UN TERCERO QUE DE EL VISTO BUENO A LA TERMINACIÓN DE LA OBRA CONTRATADA NO CONTRAVIENE EL ARTICULO 1.256 DEL CÓDIGO CIVIL, POR ESTAR EXPRESAMENTE PREVISTA EN EL ARTICULO 1.598.1. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

Para evitar un pleito por deficiencias constructivas, la Comunidad de Propietarios de una urbanización y una SA celebran un contrato transaccional por el cual la SA se compromete a realizar las obras de reparación, estipulándose que el Arquitecto Técnico o el Presidente de la Comunidad darán el visto bueno a la terminación de las obras. Posteriormente, la Comunidad demanda a la SA por incumplimiento del contrato, reclamando la ejecución de las obras o, en su defecto, la indemnización por daños y perjuicios. Se estima la demanda en primera instancia y la Audiencia Provincial confirma la sentencia. La SA recurre en casación.

El TS desestima el recurso basándose en que la cosa juzgada que el artículo 1816 CC atribuye a la transacción entre partes sólo se refiere a las relaciones futuras que surjan de dicho contrato, no a las surgidas de las relaciones cuya colisión o incertidumbre generó la transacción, y los efectos de la cosa juzgada se manifestarán en el absoluto respeto a la nueva situación, siendo este contrato objeto de una interpretación estricta y sin traspasar los límites del objeto controvertido, en el cual se entienden incluidos todas las deficiencias señaladas en las estipulaciones (art. 1.815 CC). Esta interpretación corresponde sólo a los Tribunales de instancia, y no es materia de casación.

Por otra parte, la intervención de un tercero determinado para dar el visto bueno a la terminación de la obra no supone que el contrato quede al arbitrio de uno de los contratantes, sino que se prevé expresamente en el artículo 1.598.1 CC, y es, por tanto, válido.

CUANDO EL CONTRATO ES DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO CON OPCIÓN DE COMPRA (LEASING), Y NO DE COMPRAVENTA, PROSPERA LA TERCERÍA DE DOMINIO PARA RECLAMAR EL LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO SOBRE LOS BIENES OBJETO DEL CONTRATO, ASI COMO LA DEVOLUCIÓN DE LOS MISMOS. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

Una SA y otra SA de *leasing* celebran un contrato sobre una serie de bienes, por un precio de arrendamiento a pagar en determinados plazos, y con una opción de compra por un precio residual. Debido a los reiterados incumplimientos de la SA arrendataria, la SA arrendadora decide resolver el contrato, promoviendo para ello un juicio de menor cuantía; por otra parte, la Tesorería General de la Seguridad Social sigue contra la Sociedad arrendataria un expediente administrativo de apremio por deudas, trabando embargo sobre sus bienes, incluyendo el material objeto del *leasing*. La Sociedad arrendadora formula reclamación previa en tercería de dominio, y, al ser ésta desestimada, demanda ante la jurisdicción ordinaria a la Tesorería, reclamando

que se dejen libres y a su disposición los referidos bienes. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, y la Audiencia Provincial revoca la sentencia. La Tesorería General recurre en casación.

El TS desestima el recurso al declarar que la sentencia de segunda instancia considera probado que el contrato es de arrendamiento financiero con opción de compra (*leasing*), no una compraventa a plazos, como sostienen la Tesorería General y la sentencia en primera instancia, pues ello se deduce claramente de los términos del contrato. Por otra parte, la función de calificar los contratos corresponde a los Tribunales de instancia, y no es materia de casación. Por tanto, procede que los bienes objeto del contrato queden libres del embargo y sean devueltos a la Sociedad arrendadora.

NO HAY FRAUDE DE LEY CUANDO SE EJERCITA UN DERECHO BASADO EN UN PRECEPTO LEGAL, MEDIA UN INTERÉS LICITO Y SE BUSCA UNA PRETENSIÓN DENTRO DEL ORDEN JURÍDICO. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Una SA concede un préstamo a un matrimonio, que éste garantiza con una hipoteca sobre una finca de su propiedad. En la escritura de constitución se estipula la facultad de los deudores de extinguir anticipadamente la deuda y cancelar la hipoteca, facultad que los deudores ejercen, después de haber satisfecho las nueve primeras mensualidades, y requieren a la prestamista para que presente la correspondiente liquidación. La prestamista da una cantidad determinada para satisfacer la cancelación anticipada, y los prestatarios, no estando conformes, promueven acto de conciliación contra la SA, haciendo el ofrecimiento de pago de dicha cantidad, sin que esto suponga aceptación de la liquidación, sino sólo un medio de evitar que produzca intereses, y bajo la condición de que la conciliada constituya aval bancario que asegure las resultas del pleito. Ante la falta de acuerdo, los prestatarios por un lado, y por otro, sólo el marido, formularon demandas para que el contrato se declarase usurario y la nulidad del crédito.

Por su parte, la SA prestamista promueve el juicio del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, sin aludir a la pendencia de los dos juicios anteriores. Los prestatarios solicitan la suspensión del procedimiento, que no es aceptada. Se adjudica a la prestamista la finca hipotecada, inscribiéndose a su favor. En los juicios promovidos por los prestatarios se declara la nulidad de la reclamación, estableciéndose una nueva cuantía, de la cual hacen los prestatarios ofrecimiento de pago, y declarando nula la adjudicación de la finca, por lo que se canceló la misma en virtud de mandamiento. Recurrido el auto en apelación, éste es revocado, y se libra el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad: Después, la Sociedad vende la finca a terceros, inscribiéndose la venta. Los prestatarios demandan la nulidad del juicio y la de la compraventa. La demanda se desestima en primera instancia, pero la Audiencia Provincial revoca la sentencia. La Sociedad recurre en casación.

El TS estima el recurso, al considerar que el Tribunal *a quo* aplicó indebidamente el artículo 6.4 CC, pues para que haya *fraude de ley* es preciso que se realice un acto que persiga un resultado contrario al ordenamiento jurídico al amparo de una norma de cobertura que no vaya dirigida, expresa o direc-

tamente, a proteger dicho acto, y que se pruebe la obtención de tal resultado. Por tanto, no hay fraude de ley si se ejercita un derecho previsto y protegido expresamente por la ley, media un interés lícito y se persigue un resultado protegido por el ordenamiento jurídico. En este caso, en el transcurso del procedimiento de ejecución hipotecaria no se ha hecho efectiva cantidad alguna a cuenta de lo adeudado, por lo que no hay tal fraude, pues la recurrente se ha limitado a ejercitar el derecho que le concede el artículo 131 LH, mediando el interés lícito del cobro de su crédito, pues los prestatarios han incumplido sus obligaciones vencidas, no siendo suficiente el ofrecimiento de pago, aunque la liquidación estuviese equivocada, pues para esa situación pudo haber acudido al remedio legal de la consignación.

CUANDO EL PRECIO DE LA COMPRAVENTA DE UNA FINCA IDENTIFICADA POR SU UBICACIÓN, NO SEÑALADA POR SUS LINDEROS, SE HA FIJADO ALZADAMENTE, NO SE PUEDE EXIGIR DISMINUCIÓN EN EL PRECIO PROPORCIONAL A LO QUE FALTE DE CABIDA. (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Una SA constructora demanda a una cooperativa a la que vendió un solar —inscrito como dos fincas en el Registro de la Propiedad— reclamando la elevación a escritura pública del contrato, y el abono de la parte de precio pendiente según la reducción de cabida de los inmuebles vendidos —cuya estimación se hace o, en su defecto, la restitución de las arras y la indemnización por daños y perjuicios. La Cooperativa contesta a la demanda y formula demanda reconvenzional, pidiendo la resolución del contrato. En primera instancia se estima la demanda y se desestima la reconvencción, y en segunda instancia se revoca el fallo y se absuelve a la Cooperativa, estimando parcialmente su reconvencción, declarando resuelto el contrato de compraventa. La SA constructora recurre en casación.

El TS desestima el recurso alegando que no hay inaplicación del artículo 1.471.2 CC, pues este caso se refiere al párrafo 1º de dicho precepto solamente. Se trata, en efecto, de la venta de un inmueble por precio alzado y no a razón de un tanto por unidad de número y medida, como dice expresamente el contrato y declara probada la sentencia recurrida. En cuanto a una posible inaplicación del párrafo 2º, en este caso no se han vendido una o dos fincas, sino un solo solar, aunque en el Registro aparezca inscrito como dos fincas y ésta no ha sido señalada por sus linderos, sino identificada por su ubicación, y es conocida por la compradora, como se reconoce en la sentencia de instancia. Por tanto, el señalamiento de la cabida es accidental, y lo que realmente se vende es una finca identificada, por un precio alzado, no señalada por sus linderos ni designada su cabida, por lo que no procede una posible rebaja en el precio.

NO PUEDE PEDIR LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO QUIEN, A SU VEZ, HA INCUMPLIDO SUS PROPIAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES. (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

Una SA vende una vivienda sita en una urbanización a un matrimonio. Más adelante, dicha SA demanda a los cónyuges, pidiendo la resolución del contrato por incumplimiento culposo, ya que no abonaron la parte del precio de venta representado por tres letras de cambio, así como la indemnización por daños y perjuicios. Los demandados contestan y formulan reconvencción, pidiendo la declaración del cumplimiento de la totalidad de los plazos convenidos, que la actora les entregue la vivienda en las condiciones pactadas y les otorgue escritura pública, el pago de la cuantía que se determine en ejecución de sentencia por las diferencias que tengan la parcela y vivienda objeto del contrato y la subrogación en el préstamo hipotecario que la actora hubiera concertado. En primera instancia se desestima la demanda y la reconvencción, condenando a los demandados a satisfacer el precio rebajado y la demandante a la entrega de la vivienda. En segunda instancia, se desestima totalmente la demanda principal y estima la reconvencción, condenando a la actora a la entrega, el otorgamiento de la escritura pública, el pago de la cuantía señalada y la subrogación en el préstamo hipotecario. La SA recurre en casación.

El TS desestima el recurso basándose en que—aparte de los motivos puramente procesales—la sentencia recurrida declaró probado que la falta del pago de parte del precio por los compradores no se debió a voluntad obstativa, sino a una serie de incumplimientos contractuales por la parte vendedora, tales como defectos de calidad y superficie en la vivienda, y un patente retraso en la terminación y entrega de la misma. La jurisprudencia del TS ha declarado reiteradamente que la facultad resolutoria contractual que establecen los artículos 1.124 y 1.504 CC exige, como requisito previo, que el que insta la resolución haya cumplido sus propias obligaciones, pues no tiene derecho a pedir la resolución el contratante incumplidor.

UN NEGOCIO JURÍDICO ATÍPICO DE CARÁCTER ASOCIATIVO SOLO SE EXTIENDE A LAS GANANCIAS QUE RESULTEN DE LO EXPRESAMENTE PACTADO EN EL MISMO, NO A OTROS CASOS, AUNQUE SEAN SIMILARES. (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Tres amigas acuerdan jugar, conjuntamente y de forma continua y habitual, a la Lotería Primitiva, para lo cual realizan una aportación semanal cada una, con el compromiso que, de obtener un premio, se partiría su importe entre las tres por partes iguales. En 1992, una de las tres visó un boleto adquirido en común, el cual no resultó premiado en el sorteo, pero en el concurso televisivo Primi-Juego II, existente por esas fechas, después de transmitirse el sorteo, se telefoneó por azar al domicilio de dicha señora, la cual ganó un premio de 25.000.000 de pesetas. Las otras dos amigas formulan demanda, reclamando la partición del premio entre las tres, pues la demandada ganó el premio gracias a la posesión del boleto propiedad de las tres. En

primera instancia se desestimó la demanda, y la Audiencia Provincial revocó la sentencia. La demandada recurre en casación.

El TS estima el recurso calificando, en primer lugar, el acuerdo entre las tres amigas como un negocio jurídico atípico de carácter asociativo, con caracteres similares a los de la Sociedad civil definida por el artículo 1.665 CC, para repartir única y exclusivamente el premio correspondiente en caso de que acertaran a la Lotería Primitiva, no a cualquier otro juego, por lo que no podía extenderse al Primi-Juego, por que no se había pactado, ya que ni siquiera existía en el momento de hacerse el acuerdo (esto ocurrió en 1988), y, aun cuando hubiera surgido para promocionar a la Primitiva, es un juego distinto de ella. Al no ser premiado el boleto, deja de tener valor y la copropiedad del mismo desaparece, puesto que surge un nuevo boleto jugado a la semana siguiente, por lo que el premio obtenido en el Primi-Juego no puede ser interpretado como fruto de dicho acuerdo.

EL OBJETO DEL PRECONTRATO ES LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DEFINITIVO, NO EL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A QUE PUEDA DAR LUGAR ESTE ULTIMO. UN CONTRATO HECHO POR MANDATARIO VERBAL ES NULO A MENOS QUE LO RATIFIQUE EL MANDANTE. (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. José Menéndez Hernández.

En 1986, una SA (a través de un mandatario verbal) y una persona física celebraron un contrato por el cual se comprometían a permutar un local perteneciente a la SA por otro local de iguales características. Más tarde, la SA cede sus derechos a otra, la cual demanda al otro contratante para que lleve a cabo la permuta y otorgue la correspondiente escritura pública, o venta, en su caso, bajo apercibimiento de verificarlo el Juzgado en su nombre y representación y a sus expensas si no lo hiciere. La demanda se estimó en primera instancia, y la Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia en cuanto a la obligación de llevar a cabo la permuta, manteniendo en el resto el fallo de dicha sentencia. El demandado recurre en casación.

El TS desestima el recurso al calificar el negocio de precontrato de permuta, y no de contrato propiamente dicho, como sostienen ambas partes, pues en él se dice claramente que se comprometen a permutar, no que permutan, y no se puede exigir, por tanto, el cumplimiento de una obligación que ha de contraerse en el futuro, sino que por este negocio se obligan a realizar el contrato que será fuente de dicha obligación. Por otra parte, la alegación del recurrente de que la Sociedad cedente actuó en la cesión de sus derechos a través de mandatario verbal no puede prosperar, pues un contrato hecho bajo mandato verbal es nulo si el mandante no lo ratifica, y dicha promesa se ratificó expresamente por la Sociedad cedente el 1 de septiembre de 1992, con lo que se convalidó retroactivamente hasta la fecha de la conclusión del negocio.

EL PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA SE SEGUIRÁ EN EL LUGAR DONDE RADIQUE LA FINCA HIPOTECADA. EL MANDATO PARA PROCEDER A LA VENTA DE LA FINCA SUBSISTE, PESE A LA MUERTE DEL MANDANTE, DEBIDO A QUE TAMBIÉN INTERESA SU CUMPLIMIENTO AL MANDATARIO Y A TERCEROS. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

En 1976, se celebra la venta de un piso situado en Barcelona, sobre el cual se constituye una hipoteca en garantía de un préstamo; en la escritura, entre otras estipulaciones, se pacta la sumisión expresa a los Tribunales de Tarragona—de donde son vecinos los prestamistas—y la constitución del mandato a favor de los ejecutantes para la adjudicación de la finca en caso de ejecución extrajudicial. El comprador fallece en 1983, y su hija y heredera firma, con otras tres personas, un documento privado en el cual reconoce que estaba en deber los intereses de la hipoteca en el que se prorroga el préstamo; en 1984 arrienda la finca, con un anexo en el que vende la finca a la arrendataria, pero este pacto no llega a realizarse. Los prestamistas ejercen la acción hipotecaria extrajudicialmente, la finca se subasta y es adquirida. La prestataria demanda a los prestamistas, a la arrendataria y a los adjudicatarios reclamando la nulidad de la escritura de venta a favor de los adjudicatarios, declarar la cancelación de la inscripción registral de dicha escritura y la indemnización por daños y perjuicios. Se desestima la demanda en primera instancia, y la Audiencia Provincial confirma la sentencia. La demandante recurre en casación.

El TS desestima el recurso alegando, en primer lugar, que la sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales de Tarragona no puede oponerse a lo dispuesto en el actual artículo 236 del Reglamento Hipotecario, que exige que el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria sólo sea seguido ante Notario hábil para actuar en el lugar en el que radique alguna de las fincas, hallándose en este caso en Barcelona; además, esta sumisión expresa se señala en el contrato sólo para el procedimiento judicial. En cuanto a la posibilidad de haberse extinguido el mandato a favor de los ejecutantes por fallecimiento del hipotecante (padre de la recurrente), según el 1.732.3º CC no es admisible, porque un mandato puede ser irrevocable cuando su fin sea proteger, no sólo los intereses del mandante, sino también los del mandatario o de terceros (*procurator in rem suam*), y para evitar que se frustre el fin perseguido por voluntad de uno sólo de los interesados, lo que es precisamente el caso del mandato a favor de los ejecutantes para la venta de la finca en el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria.

ES VALIDO EL REQUERIMIENTO DEL ARTICULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL EN EL QUE SE CONDICIONA LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL AL PAGO DE LAS CANTIDADES ADEUDADAS EN UN PLAZO QUE DISCRECIONALMENTE CONCEDE EL VENDEDOR AL COMPRADOR, Y TAMBIÉN ES VALIDA SU ENTREGA EN EL DOMICILIO DE ÉSTE, AUNQUE SE HAGA A OTRA PERSONA. (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Un matrimonio celebra un contrato de compraventa con otro en 1984, y en 1993, los compradores demandan a la esposa y al marido, que falleció en 1987, por lo que le sustituyen sus herederos, reclamando la resolución del contrato, previo requerimiento que se les hizo por medio de Notario y acto de conciliación, en el cual se daba un plazo de ocho días para pagar, apercibiéndoles de que, si así no se hace, se llevará a cabo la resolución. La carta se entrega a una tía del marido en el domicilio de los compradores. La demanda fue estimada en primera instancia y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. La demandada recurre en casación.

El TS desestima el recurso al rechazar el argumento según el cual no es válido un requerimiento que da un plazo para pagar, resolviéndose el contrato en caso contrario, porque el requerimiento del artículo 1.504 CC no es para que el comprador pague, sino para que se allane a la resolución; pero la jurisprudencia del TS dice que uno de los presupuestos para que el artículo 1504 se aplique es, aparte del requerimiento, la voluntad rebelde al incumplimiento, y si no se paga en un plazo, está clara la voluntad del comprador de no cumplir y allanarse a la resolución. El hecho de que la carta-requerimiento se haya entregado a la tía del marido, advirtiéndole su obligación de entregarla a éste sin especificar nada sobre la esposa, no invalida el requerimiento, pues la carta iba dirigida a los dos y se hizo en el domicilio de ambos.

ES CONDICIÓN «NO INVALIDANTE» AQUELLA EN QUE LA VOLUNTAD DEL DEUDOR DEPENDE DE UNOS MOTIVOS QUE INFLUYEN EN ELLA, AUN CUANDO ESTÉN CONFIADOS A LA SOLA VALORACIÓN DEL INTERESADO. (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

En 1987, una SA celebró un contrato privado de opción de compra de un solar con un matrimonio —más exactamente, con el marido, que afirmó actuar con el consentimiento de su esposa—, fijándose un plazo de cuatro meses a partir de la obtención de la licencia de obras para el ejercicio de tal derecho. La SA comenzó a realizar las oportunas operaciones para obtener la licencia, y en 1988, recibió, por conducto notarial, carta de la esposa, en la que negaba su conocimiento del contrato y su consentimiento a la venta del solar, por lo que la SA interpuso querrela contra los cónyuges por presunto delito de estafa, cuyas diligencias previas fueron sobreseídas. La SA demandó a los cónyuges reclamando el cumplimiento del contrato, el otorgamiento de escritura pública de compraventa, la resolución en caso de no hacerse aquello y la indemnización por daños y perjuicios. La demanda se desestima en primera y segunda instancias, y la SA recurre en casación.

El TS desestima el recurso al apreciar que la estipulación que señala un plazo desde la obtención de la licencia para ejercitar la opción entra en la categoría de condición puramente potestativa, en cuanto que su dicción da a entender que la eficacia de lo convenido queda supeditada a la exclusiva voluntad del optante, por lo que, en relación con los artículos 1.115 y 1.256 del Código Civil, la jurisprudencia establece una interpretación restrictiva de los mismos, distinguiendo entre condiciones puramente potestativas y simplemente potestativas, basadas, respectivamente, en la pura arbitrariedad y en la valoración de otros intereses, por lo que proclama como condición no inva-

lidante aquella en que la voluntad del deudor depende de un conjunto de motivaciones e intereses que, actuando sobre ella, influyen en su determinación, aun cuando estén confiadas a la sola valoración del interesado.

EL HECHO DEL PAGO INCUMBE PROBARLO A QUIEN LO ALEGA. EL NEGOCIO NO PIERDE VALIDEZ POR INCUMPLIMIENTO DE CONDICIONES DE LAS QUE NO DEPENDE LA VIDA DEL MISMO. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo.

En 1988 se celebró un contrato de opción de compra de finca rústica, concedida durante un plazo de seis meses, luego prorrogado indefinidamente mientras se pagara el precio de la opción en unas cantidades a pagar semestralmente. Se subordinaba también la eficacia de la opción a que la optante obtuviera la concesión y licencias de explotación y construcción de una gasolinera. Después la optante demandó a la concedente para que otorgara escritura pública, y ésta se negó porque la optante había dejado de pagar el precio correspondiente a dos semestres. Las sentencias de primera y segunda instancias declararon probado tal impago y desestimaron la demanda. La demandante recurre en casación.

El TS desestima el recurso al apreciar que quien ejerce un derecho de opción concedida mediante precio debe demostrar el pago del mismo, lo que en este caso no está probado en autos, y esto incumbe a quien lo alega, no a quien lo niega, por su dificultad y porque a veces determina inversión de la carga de la prueba. No cabe analizar si se concedieron o no las autorizaciones, porque, según el contrato, se subordinó a éstas su eficacia, no su validez, por lo que ésta es una cuestión irrelevante.

LA TRANSMISIÓN DEL DOMINIO POR COMPRA VENTA SOLO TIENE LUGAR SI HAY TRADICION, AUNQUE NO HAYA DUDAS SOBRE LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

En 1991, dos Sociedades celebran un contrato privado de compraventa sobre determinados bienes. En 1993, se ejecutaron los bienes de la Sociedad vendedora, y la Sociedad compradora ejercitó la tercería de dominio alegando dicho contrato, acreditando la realidad de la transmisión con la aportación del documento privado y tres letras de cambio y un cheque. La demanda se desestimó en primera instancia y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. La Sociedad compradora recurre en casación.

El TS desestima el recurso al establecer que la transmisión de dominio en virtud de compraventa sólo puede hacerse, no sólo probando el perfeccionamiento del contrato (título), sino también la tradición (modo), y en este caso, no es necesario que para aplicar el artículo 1.462 CC haya escritura pública (tradición simbólica), pues también puede serlo la privada, según declara el artículo 1.227 CC. Las sentencias de instancia declararon probado la perfección del contrato, y, por tanto, la existencia de título, pero

no tuvieron por acreditada la entrega de la cosa (modo), porque no consta que el documento cumpla ninguno de los requisitos del 1.227, y la valoración de los hechos probados en las sentencias de instancia no es admisible en casación.

LA FALTA DE OTORGAMIENTO POR UNO DE LOS CONTRATANTES DE LAS GARANTÍAS CONVENIDAS DA LUGAR A LA PERDIDA DEL BENEFICIO DEL PLAZO. EL CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS EN LA VIDA DEL CONTRATO PUEDE ALTERAR LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA CONVENIDA POR LAS PARTES. (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

En 1984, dos Sociedades suscribieron con otra un acuerdo sobre reconocimiento de deuda, en cuya cláusula 3.^a se especifican las modalidades de pago, con los correspondientes plazos estipulados al respecto. Después, las acreedoras demandaron a la deudora la suma debida, y la demandada contestó y formuló reconvencción reclamando la improcedencia de la resolución del contrato de concesión operada unilateralmente por las acreedoras, así como su incumplimiento contractual estableciendo la plena vigencia de dicho contrato. En primera instancia se estimó la demanda y se desestimó la reconvencción, condenando a la demandada a pagar la mencionada suma. En segunda instancia, se confirma parcialmente la sentencia, condenando a la demandada al pago de la suma y declarando improcedente la resolución del contrato de concesión, condenando también a la demandante a indemnizar a la demandada por daños y perjuicios una cantidad equivalente al lucro cesante por los catorce meses que no disfrutó la concesión. La demandada recurre en casación.

El TS desestima el recurso al considerar que las garantías dadas para el pago de las cantidades, siendo éstas consistentes en el otorgamiento de escritura pública y entrega de las letras pagaderas en cuatro años, son suficientes para causar la pérdida del beneficio del plazo, pues la deudora ha rehusado otorgar tales garantías, y se estima vencida la deuda ya en el momento de interponerse la demanda, que es el momento que sirve de referencia al estado temporal de la controversia. La posible violación del artículo 1.091 CC —posible atribución a un contrato de efectos jurídicos distintos a los convenidos por las partes sin norma alguna habilitante— no se da, debido a la contemplación por la sentencia recurrida de las vicisitudes y circunstancias acaecidas a dicho pacto, para concretar que, efectivamente, se debe la suma señalada. No se incluye la totalidad del lucro cesante en la indemnización, porque la cuantía se supedita al resultado del último ejercicio como modelo de cuantificación de dichos perjuicios.

LA OCULTACIÓN POR EL ASEGURADO DE LAS CARACTERÍSTICAS DE LA COSA ASEGURADA QUE PUEDEN SER INFLUYENTES Y DETERMINANTES DE LA CONCLUSIÓN DEL CONTRATO ES CONSTITUTIVA DE DOLO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

Una SA constructora reclama a su aseguradora el pago de la indemnización por el siniestro ocurrido en el terreno asegurado. Se estima la demanda en primera instancia y se revoca la sentencia en la segunda. La constructora recurre en casación.

El TS desestima el recurso al declarar que la interpretación que la sentencia recurrida da al artículo 10.3 de la Ley del Contrato de Seguro es correcta, pues el asegurador está exonerado del pago en caso de culpa grave o dolo que supone reticencia en la expresión de las circunstancias conocidas por el tomador del seguro que puedan influir en la valoración del riesgo y que de haberlos conocido el asegurador hubieran influido decisivamente en la voluntad de celebrar el contrato, lo que coincide con la regla general del artículo 1.269 CC. En este caso, la sentencia recurrida declaró probado que la constructora conocía las características del terreno, que obligaron a cambiar el sistema de cimentación, a través de un informe emitido meses antes de la celebración del contrato, ocultando todo ello a la aseguradora.

LOS GASTOS NECESARIOS DEL ARTICULO 453 DEL CÓDIGO CIVIL SOLO SON EXIGIBLES SI SE REALIZAN PARA LA CONSERVACIÓN DE LA COSA Y REDUNDAN EN BENEFICIO DEL PROPIETARIO NO POSEEDOR. (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

En procedimiento seguido ante la antigua Magistratura de Trabajo —en 1988— se adjudicó a una SA la rotativa propiedad de otra SA. Esta última Sociedad celebró un contrato de arrendamiento sobre unos locales, como arrendataria, con el fin de editar un periódico. En 1989, el Juzgado de lo Social intentó la entrega de la máquina a la adjudicataria, sin que dicha entrega fuese posible por dificultades técnicas. Poco después, la SA poseedora de la máquina formula interdicto de recobrar la posesión, que es desestimado, para hacerse entrega efectiva de la posesión de la máquina, con su extracción de los locales en que estaba instalada, ocupando una de las tres crujías del local, y los locales estuvieron cerrados durante once meses, sin que el citado periódico se publicase. La maquinaria no fue entregada hasta marzo de 1990 a la adjudicataria. Entonces, la poseedora demanda a la adjudicataria reclamando una determinada cantidad más los intereses legales, en concepto de gastos necesarios de conservación de la cosa. En primera instancia se desestima la demanda, y la Audiencia Provincial confirma la sentencia. La poseedora recurre en casación.

El TS desestima el recurso al reconocer los hechos que la sentencia de instancia declara probados, de los que se concluye que los gastos hechos por la poseedora no repercutieron de forma beneficiosa en el adjudicatario que pagó el importe del remate y que no pudo disponer de la rotativa hasta marzo de 1990, hechos que han de mantenerse incólumes en vía casacional. Por tanto, los gastos del artículo 453 CC, que sólo se abonan cuando hayan redundado en beneficio del propietario no poseedor o en la conservación de la cosa, no pueden aplicarse a un supuesto en que la poseedora retrasa a propósito la entrega de la posesión en detrimento económico de la propietaria no poseedora, pues ello sería un enriquecimiento injusto.

EL RECONOCIMIENTO DE DEUDA EN CUANTO NEGOCIO ABSTRACTO TIENE EFICACIA VINCULANTE. LOS ARTÍCULOS 1.094 Y 1.101 CÓDIGO CIVIL SOLO SON APLICABLES EN CASO DE DOLO, CULPA O NEGLIGENCIA, Y LA RESPONSABILIDAD A LA QUE ALUDEN ES SUBJETIVA. (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

Una SA pesquera prestó una serie de servicios a un Banco, consistentes en atender los gastos de estancia en el puerto de dos buques propiedad del mismo, entre los cuales se incluía la retribución del vigilante de dichos buques; encontrándose éstos amarrados, ocurrió un incendio en el primero, por causas desconocidas, si bien las cerraduras del puente de gobierno estaban forzadas. La SA demandó al Banco reclamándole una cantidad más los intereses legales, y el Banco formuló reconvención por los daños y perjuicios causados por el incendio. La demanda fue estimada —y desestimada la reconvención— en primera instancia, y la Audiencia Provincial confirmó la sentencia. El Banco recurrió en casación.

El TS desestimó el recurso, calificando, en principio, el contrato —por el cual la SA se obligaba a la información, custodia y consignación respecto a los buques— como mercantil, si bien es un contrato atípico, pues las prestaciones son diversas y han sido configuradas como elementos contractuales independientes, siendo por tanto la llamada *teoría de la combinación* la que mejor conviene para dilucidar el régimen jurídico del contrato, que contiene elementos del arrendamiento de servicios y del depósito, pero sin que pueda calificarse concretamente de uno o de otro, por lo que no se pueden invocar para este caso concreto los artículos 303 del CCom. ni el 1.544 CC, invocados en el recurso. Sin embargo, la sentencia recurrida declaró probado que el Banco reconoció su deuda hacia la SA por la relación jurídica entre los dos, y el reconocimiento de deuda es en sí un negocio jurídico contractual abstracto, que se rige por el artículo 1.277 CC, y su efecto es una inversión de la carga de la prueba para destruir la presunción que dicho artículo establece, por lo que correspondía al demandado oponer y probar algún hecho extintivo. Lo que lleva a analizar si la SA demandante incurrió en algún incumplimiento contractual debido al incendio, pues ella contrató al vigilante: la norma aplicable al caso son los artículos 1.094 y 1.101 CC, que regulan las obligaciones de conservación de la cosa e indemnización por daños y perjuicios; pero la responsabilidad que se exige en virtud de éstos sólo puede darse cuando se incurre en dolo, negligencia, morosidad y contravención del tenor de lo pactado, y, en todo caso, debe recaer sobre el vigilante, no sobre la SA que le contrató pues tal responsabilidad es subjetiva, no objetiva, aparte de que no ha sido demostrada en las sentencias de instancia que el incendio sea imputable a omisión del deber de vigilancia, pues el vigilante estaba presente aquel día, y se desconocen las causas del incendio.

LAS OBLIGACIONES ENTRE EXTRANJEROS SE REGIRÁN POR EL DERECHO ESPAÑOL CUANDO NO SEA POSIBLE A LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES FUNDAMENTAR CON SEGURIDAD ABSOLUTA LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1999.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Várela.

Nueve extranjeros demandan a otro extranjero el pago de una deuda más los intereses pactados. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y la Audiencia Provincial revoca la sentencia, condenando al demandado al pago de las cantidades aludidas. El demandado recurre en casación.

El TS desestima el recurso al considerar que el artículo 12.6 CC exige que quien invoca la aplicación del Derecho extranjero ha de acreditar en juicio la existencia y la vigencia de tal Derecho, así como su aplicación al caso concreto; todo ello es una cuestión de hecho, y como tal ha de ser alegada por la parte invocante, de forma que su aplicación no suscite la menor duda razonable entre los Tribunales españoles. En este caso, según consta en la sentencia de instancia, el demandado admitió en confesión judicial la autenticidad del documento privado y el reconocimiento de que la deuda está contenida en dicho documento. El TS reconoce al Tribunal de instancia soberanía para la apreciación de las pruebas, sin entrar a examinarlas, por no ser la casación una tercera instancia.

LA PREFERENCIA CREDITICIA DEL LEASING SE DETERMINA POR LA FECHA DE LA PÓLIZA SI LA CANTIDAD ADEUDADA SE CONCRETA EXACTAMENTE EN ESTA. UN CRÉDITO QUE CONSTE EN PÓLIZA INTERVENIDA POR CORREDOR DE COMERCIO ES EXIGIBLE EN CUALQUIER CLASE DE CONTRATO, PERO SOLO POR SU IMPORTE, NO POR LAS COSTAS Y GASTOS DEL JUICIO EJECUTIVO. (SENTENCIA DE 30 de diciembre de 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

Una SA de *leasing* celebró con otra SA un contrato de arrendamiento financiero con opción de compra sobre una maquinaria en 1990, mediante póliza intervenida por Agente de Cambio y Bolsa, y dicho contrato estaba garantizado, a favor de la arrendataria, por varios fiadores solidarios: La arrendataria dejó de pagar las cuotas mensuales, y la arrendadora dio por vencidas todas las cuotas concertadas, promoviendo contra la arrendataria y los fiadores un juicio ejecutivo, por su parte, un Banco era tenedor de diversas letras de cambio aceptadas por la arrendataria y libradas por uno de los fiadores, y, al no ser pagadas, el Banco promovió contra la arrendataria juicio ejecutivo, en el que recayó Sentencia de remate de 4 de febrero de 1991. La SA arrendadora promovió contra el Banco y contra el citado fiador un proceso de tercería de mejor derecho. En primera instancia se desestimó la demanda, y la Audiencia Provincial revocó la sentencia. El Banco recurrió en casación.

El TS desestima el recurso en cuanto a sus dos primeros motivos: no se considera vulnerado el artículo 1.924.3º A) CC, porque una póliza intervenida por Corredor Colegiado de Comercio en la que se contiene el crédito es equiparable a la escritura pública, y si la cantidad adeudada está exactamente concretada en la misma póliza, sin necesidad de realizar una posterior liquidación —como es el caso presente—, para resolver cuestiones de preferencia de créditos habrá de atenderse a la fecha misma de la referida póliza, que aquí es de fecha de 26 de noviembre de 1990, es decir, anterior a la sentencia de remate; por otra parte, tampoco se entiende vulnerada la Disposición Adicional 7.ª, la de la Ley 26/88, de 2 de julio, porque, aunque ésta se refiera expre-

sámente a pólizas de préstamo, no impide su aplicación a pólizas de otros contratos como el de *leasing* —que son exigibles por el hecho de la suscripción de la póliza por Corredor de Comercio, no por la calificación del contrato.

En cambio, estima el tercer motivo, en el que se denuncia la infracción del 1923.3º A) CC en cuanto a la exigencia de las costas y gastos del juicio ejecutivo, pues la preferencia crediticia que dicho artículo establece se refiere sólo al importe del crédito.

PARA QUE UNA FINCA EN PROPIEDAD HORIZONTAL PUEDA CONSIDERARSE COMO TAL, DEBE SER SUSCEPTIBLE DE APROVECHAMIENTO INDEPENDIENTE Y TENER SALIDA A ELEMENTO COMÚN O A LA VÍA PÚBLICA. SI EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA SE HA SEÑALADO LA FINCA SIN ALUDIR A SUS LINDEROS O A SU CABIDA, HA DE ENTREGARSE TODA LA FINCA, Y NO UNA PORCIÓN DE LA MISMA. (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Várela.

Dos hermanas demandan la entrega de un apartamento dúplex, su terraza, y un local comercial que hay debajo del mismo, el otorgamiento de escritura pública de compraventa, la entrega de las licencias para la explotación del local, e indemnización por falta de uso y explotación de dicho local a una persona, y los presuntos herederos de una herencia yacente; a esta demanda se acumula otra contra tres Sociedades. En primera instancia se estiman ambas demandas, y la Audiencia Provincial sólo las estima parcialmente. Ambas partes recurren en casación.

El TS estima el recurso de la parte demandante y desestima el recurso de la demandada, al considerar que la terraza del apartamento no es susceptible de propiedad separada, al punto de pertenecer a una de las Sociedades demandadas, y no cabe el argumento de que no pueda ser objeto del contrato, porque una terraza, por sí sola no es susceptible de aprovechamiento independiente, ni tiene salida a elemento común o a la vía pública, según dicen el artículo 396 CC y el 3.a) de la Ley de Propiedad Horizontal, pues sólo puede accederse a ella a través de la planta inferior del apartamento dúplex, por lo que, siendo evidente que está aparejada al mismo, es objeto del contrato junto con él. Por otra parte, tampoco puede alegarse que sólo ha de entregarse la parte de la finca definida dentro de los linderos del apartamento y del local, porque en el contrato no se expresan linderos ni superficie del local, sino que se señaló con otros criterios, por lo que ha de entregarse toda la finca señalada.

M.^a C. C. G.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL PRECIO SE HA DE FIJAR CONFORME A LAS NORMAS DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA. (SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado n.º 1 de Carballo estimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la anterior.

Triunfa la casación. Consta en autos que el Juez condenó al arrendatario a pagar al contado y en metálico el precio de 5.422.504 pesetas. pese a que la propia Sala en su fundamento jurídico 3.º hace constar que el precio a pagar se ha de determinar, conforme a lo estipulado en la Ley de Expropiación Forzosa, por lo que, teniendo en cuenta las sanciones del artículo 98 LAR ha de reajustarse la sentencia en la idea de que estos arrendamientos, una vez concedido el derecho de acceso a la propiedad se pagará al arrendador el precio determinado en vía civil, conforme a las normas de valoración que establece la legislación de Expropiación Forzosa como se reconoce, entre otras, en la Sentencia de 20 de febrero de 1993 y de 11 de octubre de 1992. También es cierto que, cuando el precio calculado, conforme a estos preceptos no resulten conformes con el valor real de las fincas, puede acudir el órgano judicial a otros criterios estimativos, lo que no es competencia de la Sala de casación, por lo que es adecuada la remisión que se hace a dichos efectos al procedimiento judicial de ejecución, sin perjuicio de los demás derechos indemnizatorios, que puedan asistir al arrendador frente al arrendatario, conforme a la legislación especial de Arrendamientos.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA DEMANDANTE SIGUE OSTENTANDO LA CONDICIÓN DE CULTIVADOR PERSONAL A PESAR DE SU EDAD SIENDO IRRELEVANTE A ESTOS EFECTOS LA JUBILACIÓN DEL ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado de Guernica estimó parcialmente la demanda y la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación.

No prospera la casación. Es claro que el arrendamiento es anterior al Código Civil y está acreditada la dedicación personal de la demandante y de su esposo a la agricultura toda su vida, por lo que debe seguir ostentando la condición de cultivador personal por imperativo de la norma legal, no siendo óbice para ello la mayor o menor edad o estado civil de su hijo y demandante, ya que es constante doctrina de esta Sala la irrelevancia de la jubilación a efectos de ostentar el jubilado la cualidad de cultivador personal. En cuanto al precio no puede admitirse el señalado por el recurrente, con base en dictámenes que le son favorables, cuando la sentencia dice que se tendría en cuenta lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley de Expropiación Forzosa.

RETRACTO.—NO HABIENDO CONOCIDO EL DEMANDANTE LAS CONDICIONES DE LA COMPRAVENTA NO PROCEDE EL COMPUTO DE LA CADUCIDAD DE 60 DIAS HASTA QUE NO SE APORTA LA ESCRITURA A LOS AUTOS. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado n.º 1 de Jaén estimó la demanda, pero revocó la Audiencia Provincial.

Prospera la casación. La única cuestión que se discute en casación es si se ha dado el transcurso de los sesenta días fijado en el artículo 88 LAR. El tribunal *a quo* entiende que el arrendatario conoció en los primeros días del mes de julio de 1988 las condiciones de la venta y que, en la fecha de presentación de la demanda, habían transcurrido con exceso los sesenta días del plazo legal. Los dueños de la finca no hicieron la notificación del artículo 87 de la Ley y en ninguno de los requerimientos notariales hechos por el arrendatario al comprador se exponen las condiciones del contrato privado de compraventa. La demanda se presenta el 27 de septiembre y, al contestar a la misma, el demandado aporta la escritura pública de venta fechada en 10 de noviembre, en la que aparece que las fincas pertenecen *pro indiviso* a tres personas distintas fijando el precio que los vendedores confiesen tener recibido. La realidad de estos hechos conduce a discutir apreciación probatoria efectuada por la Audiencia, ya que el arrendatario no pudo tener en los primeros días del mes de julio de 1988 el conocimiento exacto de las condiciones del contrato que exigen la doctrina y la jurisprudencia, ya que en ningún sitio figura que el vendedor que aparece en el documento privado sólo tiene la representación de uno de sus hermanos y no del otro y el precio, por tanto, sólo podía ser el de la mitad de la finca, sin que se hiciera alusión a las demás condiciones del contrato que, por tanto, desconocida el día 8 de julio el arrendatario demandante, que no tuvo conocimiento de dichas condiciones hasta que no se aportó a los autos la escritura de fecha de 10 de noviembre y esas condiciones debe conocerlas el arrendatario para que empiece a contar el plazo de caducidad establecido legalmente, infringiendo la Audiencia el artículo 88 de la Ley.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—NOEXISTE LA SUBROGACIÓN PRETENDIDA PORQUE SOLO CONSTA QUE LOS HIJOS CULTIVAN LA FINCA EN CONCEPTO DE COLABORADORES O COOPERANTES DE SU PADRE. (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado n.º 3 de Salamanca estimó la demanda pero la Audiencia Provincial estimó la apelación, revocando la anterior.

No se admite la casación. La Audiencia desestimó la demanda porque entiende que no se ha probado la cesión ilegal. Apoyó la inexistencia de la subrogación en que no se ha probado que los hijos cultivan la finca en concepto distinto de cooperadores o colaboradores de su padre, pues nada de ello se desprende de que una de las rentas fuese transferida al Patronato arrendador por los hijos del arrendatario. Alega el recurrente una sentencia del Tribunal Supremo recaída en otro proceso distinto, pero esta sentencia no es documento que sirva para acreditar un hecho como el de la subrogación sobre cuya existencia no quisieron conocer ni el Tribunal Supremo ni los órganos de instancia, aunque se alegase la falta de «litisconsorcio» pasivo necesario

por no ser demandados los hijos a quienes se atribuía la cualidad de cesionarios pues aquella excepción procesal alegada no es un reconocimiento de la subrogación y no se desprende de los documentos analizados por la Sala de instancia. No puede admitirse la inaplicación del artículo 75-4.º que establece como causa de resolución del contrato el subarriendo o la cesión, fuera de los casos y con los requisitos previstos en la LAR.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—CONSTA LA ACEPTACIÓN TÁCITA POR EL ARRENDADOR DEL SUCESOR DEL ARRENDATARIO FALLECIDO, QUEDANDO VINCULADO POR LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado n.º 1 de Córdoba desestimó la demanda y estimó la reconvencción, declarando que el arrendamiento estaba en prórroga legal, lo que confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. El contrato de 1977 es un nuevo contrato, desligado de los anteriores, por lo que se encuentra en segunda prórroga legal, ya que su duración de seis años alcanza a 1983, la primera prórroga a 1989 y la segunda se inició el 30 de septiembre de este año. La condición de cultivador personal del arrendatario es independiente de su edad y de la extensión de la finca y, por otra parte, este es un hecho nuevo desde el punto de vista del recurso extraordinario. También consta la aceptación tácita por el arrendador de la persona que ha sucedido al arrendatario fallecido quedando vinculado el arrendador por la doctrina de los actos propios. La renuncia a la prórroga, hecha en 1984 por el arrendatario, es nula pues únicamente podría haber renunciado en el momento en que pudiera ejercitarla y no cinco años antes, debiendo constar además dicha renuncia en documento público, debiendo considerarse nula y no puesta esta cláusula de renuncia, según reiterada jurisprudencia. En cuanto al recurso del actor es de tener en cuenta que la interpretación de los contratos es competencia de los tribunales de instancia, sin que la confesión sea hoy prueba plena de necesario acatamiento, pudiendo ser desvirtuado por otras estimaciones probatorias, siendo perfectamente congruente la sentencia de la Audiencia que dice que el contrato que se inició en 29 de septiembre de 1977, se encuentra en su segunda prórroga legal sin que a estos efectos le afectase la transacción de 1984.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO ES ADMISIBLE LA CASACIÓN PORQUE LA CUANTÍA DE LA RENTA ES INFERIOR A LA DE 500.000 PESETAS, MÍNIMO ESTABLECIDO PARA ESTE RECURSO EXTRAORDINARIO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado n.º 2 de Vitoria desestimó la demanda y la Audiencia provincial confirmó la anterior.

No se admite la casación. La renta anual que se está satisfaciendo es la de 16.445 pesetas pero el artículo 132.3 LAR, señala que sólo tendrán acceso a casación los casos en que la renta supere las 500.000 pesetas, por lo que debe desestimarse su admisión.

CONVERSIÓN DE APARCERÍA EN ARRENDAMIENTO.—LA FINCA TIENE UN VALOR EN VENTA SUPERIOR AL DOBLE DEL QUE EN LA ZONA CORRESPONDE A LAS DE SU MISMA CALIDAD O CULTIVO, EXCLUYÉNDOSE DE LA APLICACIÓN DE LA LEY ESPECIAL (SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1995.)

El Juzgado n.º 5 de Reus estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

Triunfa la casación. El Juzgado y la Audiencia admiten la conversión de la aparcería en arrendamiento, pero la finca, según la prueba pericial tiene un valor en venta superior al doble del que en la zona corresponde a las de su misma calidad o cultivo, debiendo regirse el contrato por la normativa común del Derecho Civil y no por la Ley especial. El Juez no admite esta exclusión de la Ley especial, sin tener en cuenta que los peritos, en su valoración se refieren a fecha anterior y próxima a la del contrato de aparcería, con el consiguiente incremento actual que es notorio, ya que se trata de terreno a unos centenares de metros de una urbanización y, a poco más de un importante núcleo urbano en auge reconocido, siendo objeto de sobreprecio actual, que obliga a excluir el inmueble de la normativa arrendaticia especial y la sentencia que se cita, de 5 de junio de 1990, se basa en una prueba pericial de sentido contrario a la aquí pactada.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—EL CIERRE POR MÁS DE SEIS MESES DEL LOCAL, BASADO EN LA EXPECTATIVA DE UN TRASPASO O SUBARRIENDO NO CONSTITUYE LA JUSTA CAUSA DEL ARTICULO 62 LAU. (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1994.)

El Juez n.º 4 de Santa Cruz de Tenerife estimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No procede la casación. Se pactó en el contrato que el arrendatario puede subarrendar libremente el local arrendado así como cambiar el destino del negocio, pero la demanda se basa en el cierre durante más de seis meses en el transcurso del año sin justa causa (art. 62 LAU). Si es lícita la explotación de un negocio, distinto a aquel que estaba establecido en el comienzo de la relación arrendaticia, las obras de adaptación no justifican el cierre por tiempo superior a los seis meses y si no puede hacerse el cambio de negocio, se debe volver al anterior en lugar de cerrar el establecimiento por más tiempo del permitido por la Ley, tratando de justificarlo ante la expectativa de un traspaso o subarriendo porque se convertiría el arrendamiento en fuente de especulación con bienes ajenos que la Ley no puede proteger, al implicar el cierre de toda actividad, la pérdida de la clientela en perjuicio del propietario, por lo que no constituye la causa justa de cierre a que se refiere el artículo 62 LAU, concepto que consiste en hechos que estén ausentes de voluntariedad y de conveniencia, exclusivamente.

REVISIÓN DE RENTA.—LA CADUCIDAD NO ADMITE INTERRUPCIÓN EN SU COMPUTO COMO SUCEDER CON LA PRESCRIPCIÓN POR LO QUE DEBE CONTARSE EL PLAZO DESDE LA PRIMERA DE LAS DOS NOTIFICACIONES HECHAS AL ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1994.)

El Juzgado n.º 2 de Granollers estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No se admite la casación. Pretende el recurrente que la acción ejercitada para el aumento de renta es de naturaleza personal, con un plazo de prescripción de quince años, ya que se excluye la aplicación del artículo 106 LAU por tratarse de un aumento pactado convencionalmente, y no derivado de la Ley especial. El artículo 101.1.º LAU, faculta al arrendador para elevar la renta, pudiendo ejercitarla en cualquier tiempo, pero sin que tenga efectos retroactivos. Esta acción debe estar sometida al plazo de 15 años del artículo 1964 del Código Civil. El ejercicio de la facultad ha de hacerse en forma escrita, pero no verbal. El mismo artículo establece que si el arrendatario rechaza la elevación propuesta y ésta fuese legítima, el arrendador puede optar, entre reclamar las diferencias o resolver el contrato y, en ambos casos, la acción caduca a los tres meses desde la negativa. En este caso hubo dos notificaciones de aumento, por haberse opuesto el arrendatario a la primera. Hay que entender, por imperativo de la seguridad jurídica que el cómputo para la caducidad ha de hacerse desde la primera notificación, ya que la caducidad no admite causas de interrupción, como las de la prescripción en el artículo 1.973 del Código Civil siendo obvio que, hecha la primera notificación en 20 de junio de 1988 y, presentada la demanda en marzo de 1989, había transcurrido con exceso el plazo de tres meses del artículo 101 LAU.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—ALBASARSE LA RESOLUCIÓN EN LA EXISTENCIA DE CESIÓN INCONSENTIDA, ES IRRELEVANTE EL ERROR SUFRIDO EN LA FECHA DE FALLECIMIENTO DEL PRIMITIVO ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1995.)

El Juzgado n.º 1 de Granada estimó la demanda, por traspaso inconsentido, lo que confirmó la Audiencia Provincial.

El Tribunal Supremo declara la inexistencia de error judicial en la sentencia de la referida Audiencia. Argumenta el recurrente que se produjo un error en la fecha del fallecimiento del primitivo arrendatario, que era determinante del fallo, pero no es así, porque la resolución del arrendamiento se basa en la cesión inconsentida hecha a una comunidad voluntaria formada por personas distintas a dicho arrendatario, lo que no puede por menos de incidir en la causa 5.ª del artículo 114 LAU, siendo irrelevante el error en la fecha del fallecimiento del arrendatario.

DESAHUCIO POR PRECARIO.—EN EL PROCEDIMIENTO SUMARIO DE DESAHUCIO, BASTA QUE EL DEMANDADO NO TENGA TÍTULO O QUE EL ALEGADO SEA INSUFICIENTE O SIN PAGAR RENTA, PARA QUE SE DE EL DESAHUCIO. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1995.)

El Juzgado n.º 5 de Barcelona estimó la demanda y confirmó la Audiencia provincial.

No prospera la casación. El demandado alega su condición de subarrendatario de la anterior arrendataria, pero la complejidad del tema obligaría a discutirlo en el juicio ordinario y no en el procedimiento sumario de desahucio en el que basta que el demandado no tenga título, o que el alegado sea ineficaz y sin pagar renta, para que se dé el desahucio.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—EL PROYECTO DE CONTRATO PRESENTADO PODRÍA SERVIR PARA UN MERO CONTRATO Y NO PARA PRORROGAR EL ANTERIOR, QUE SE HABÍA EXTINGUIDO. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1995.)

El Juzgado n.º 12 de Madrid estimó la demanda y la Audiencia confirmó. No se admite la casación. El contrato se hizo por plazo determinado, que concluía el 30 de agosto de 1989 habiéndose pactado su sujeción al RDL 2/1985 de 30 de abril. La entidad arrendadora requirió a la recurrente para evitar la tacita reconducción. El documento aportado en contra, es un simple modelo de documento de ampliación de plazo de duración contractual y un modelo de aval que debería suscribir el Banco, pero no conforma relación contractual alguna, emanada de las libres voluntades coincidentes de los posibles interesados pues carece de firma y de toda adveración y no se acredita por pruebas convincentes que se hubieran llevado a cabo en forma debidamente perfeccionada. Se trata de un simple proyecto unilateral al que se le desposee de toda eficacia vinculante. Tampoco prueban nada las facturas de las obras realizadas conforme a la autorización del contrato y que, en todo caso eran de su cuenta siendo irrelevante su mayor o menor costo y el beneficio del objeto material del arriendo, lo que no justifica la prórroga verbal del contrato, que es lo que pretende el recurrente. Tampoco se puede impugnar la prueba de presunciones por ilógica; ilegal o improcedente ya que no se ha tenido en cuenta por el tribunal, para dictar el fallo recurrido. El proyecto presentado podría servir para un futuro contrato, ya que el anterior se había extinguido y no podía prorrogarse lo que ya no existía. No hay abuso de derecho por la arrendadora toda vez que la duración fue la que libremente pactaron los interesados, acogiéndose al RDL de 1985 y no a la LAU, ejercitando legítimamente la sociedad arrendadora su derecho a la recuperación del local.

C. R. R.

D) FAMILIA

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

SEPARACIÓN MATRIMONIAL.—REGIMEN DE VISITAS AL HIJO MENOR. (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1999.)

Reclamado por el padre separado —actor, apelado y recurrido—, que se fijarán los derechos de comunicación y visitas a su hija de tres años y acordado dicho régimen por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 23 de Madrid,

cuya sentencia fue confirmada por la de la sección 22.^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 y establece que es imposible pretender el aislamiento total y permanente de la menor respecto a su comunicación con el padre.

SEPARACIÓN MATRIMONIAL.—CONVENIO REGULATOR.—ARTICULO 90 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Aprobado judicialmente el convenio regulador en el que se liquida la sociedad de gananciales y suscrito en la misma fecha un documento privado en el que se reconoce a la esposa el derecho a percibir como resultado de tal liquidación una cantidad en efectivo superior a la que consta en dicho convenio, el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 5 de Vitoria estimó parcialmente la demanda interpuesta por la esposa rebajando en unos dos millones de pesetas la suma a percibir por ésta respecto a la que consta en el documento privado, sentencia que, apelada por ambos cónyuges, fue confirmada por la de la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Vitoria.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Pedro González Poveda, declara no haber lugar al recurso de casación manifestando que la aprobación judicial que establece el artículo 90 del Código es un requisito o *conditio iuris* de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia. Y ello no impide que al margen del convenio regulador los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado, ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes, siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez.

SEPARACIÓN MATRIMONIAL. CONVENIO REGULATOR. (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Demandando la esposa a su marido para que se declarase el complemento de la liquidación de la sociedad de gananciales efectuada en el convenio regulador aprobado judicialmente y habiendo sido acogida su pretensión por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 4 de Logroño, cuya sentencia fue confirmada por la de la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de dicha población, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Román García Várela, declara no haber lugar al recurso de casación, declarando que las circunstancias tenidas en consideración por los interesados como idóneas cuando pactaron el convenio regulador pueden modificarse por vicisitudes ulteriores después de que la sentencia haya ganado la nota de firmeza, lo que cuando excede de las reglas de los apartados 8.º a 11.º de la Disposición Adicional sexta de la Ley 30/1981 ha de dilucidarse mediante el juicio declarativo oportuno.

SEPARACIÓN MATRIMONIAL.—CONVENIOREGULADOR. LIQUIDACIÓN POSTERIOR DEL RÉGIMEN GANANCIAL (SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 1999.)

Faltando acuerdo entre los cónyuges respecto al inventario y partición de los gananciales, con base al convenio regulador, estimada parcialmente por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 3 de Albacete la demanda de la esposa y desestimada por la sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Albacete la apelación de ésta, que interpone recurso de casación, el Tribunal Supremo lo desestima en ponencia del Magistrado don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa, sin estimar la pretendida indefensión ni defectos procesales y sobre la base de que las valoraciones con competencia del Tribunal de Instancia.

SEPARACIÓN MATRIMONIAL.—PENSIONCOMPENSATORIA Y ALIMENTOS. (SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Estimada por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 4 de Salamanca la demanda de la esposa parcialmente y siendo también estimado el recurso de apelación por ella interpuesto ante la Audiencia Provincial de Salamanca, que señalo las pensiones a satisfacer a la misma y a sus hijos por el marido y esposo, interpone este recurso extraordinario de revisión que es declarado inadmisibile por el Tribunal Supremo en ponencia del Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, basándose en que el recurso de revisión por su naturaleza de extraordinario requiere que la interpretación de los supuestos que lo integran haya de realizarse con criterio restrictivo y que la resolución recurrida no tiene la naturaleza ni la autoridad de cosa juzgada, puesto que el artículo 100 del Código Civil permite la modificación de la pensión por circunstancias sobrevenidas (S. 17-03-1997).

SEPARACIÓN MATRIMONIAL PENSIÓN COMPENSATORIA. ARTICULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Estimadas parcialmente tanto la demanda de la esposa como la reconvencción que formula el marido, por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 1 de Castellón, la sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Castellón estimó parcialmente la apelación de la esposa elevando la pensión a percibir por éste de las 200.000 pesetas fijadas por el Juzgado a 550.000 pesetas mensuales, cantidad que se actualizará anualmente a tenor de las oscilaciones que experimente el índice de precios al consumo público por el INE.

Interpuesto recurso de casación por el marido alegando error judicial, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez, declara la inexistencia del pretendido error, conforme a los siguientes fundamentos:

a) Que el denominado error judicial (sobre cuya tutela goza del marco supranormativo del art. 121-1 CE), incluso, en su referencia más remota y hasta con ecos de popularidad, proviene de una actuación o decisión de los órganos de justicia que a la hora de cumplir su mandato jurisdiccional *dictio iuris* o *decir el derecho* incurren en un desvío de tal naturaleza o en una

equivocación tan crasa y elemental, y hasta perceptible socialmente por el efecto de injusticia que producen, que, sin duda, bien por confundir o no distinguir cabalmente los supuestos de hecho enjuiciados —en su perfil más conocido, se condena a A en vez de a B que es el verdadero autor del ilícito— bien porque con manifiesta torpeza o negligencia —aunque, obvio es, haya *ab initio* que descartar la intencionalidad pues, entonces, entraría en juego la tipicidad penal— se aplica una norma o ley manifiestamente contraria o desviada del modelo preconstituido o incluso, por torpeza, se decide algo que no coincide cuantitativa o cualitativamente con la *ratio decidendi*, y con ello a resultados de tales conductas se infiere una afectación o menoscabo o perjuicio a la parte que tiene que padecer tal pronunciamiento tortuoso o *erróneo*: así las cosas y aunque el instrumento judicial cuente o goce con garantías de imparcialidad, competencia o probidad, por principio, y al estar asumido por sus titulares miembros de la propia relatividad de la especie humana, no tiene por qué descartarse que, aunque excepcionalmente, pueden incurrir o cometer conductas como las descritas, y entonces, en cualquier Estado de Derecho que se precie de tal, debe el ciudadano litigante o justiciable que fue víctima de esa decisión «errónea» contar o estar asistido de la tutela necesaria para, aunque sea por la vía de resarcimiento *ex post*, poder restaurar los quebrantos soportados por esa decisión «a todas luces injusta», pues, precisamente se dictó con los componentes descritos de patológica estructuración de la función judicial controvertida; más, por supuesto, esa caracterización nunca puede marginar la misma soberanía —más bien independencia— de corte funcional que los órganos de la justicia ostentan por atribución constitucional, la cual si bien les conmina a la inexcusabilidad decisoria, también les provee de poderes propios que, ubicados dentro de la llamada metodología judicial, les permita cumplir con su función de «decir el derecho aplicable» no sólo en cuanto que, tras el aislamiento del caso litigioso, en sus coordenadas fácticas relevantes, habrán de elegir la norma aplicable, sino, en especial, que después de esa selección, habrán de ajustar la misma al caso debatido, en una labor de auténtica interpretación aplicatoria —no hace al caso deslindar la pureza en dogmática jurídica entre la «aplicación» y la «interpretación» como quehaceres de aquella metodología judicial—; interpretación, pues, como búsqueda del sentido más acorde de la norma con el litigio, que no sólo habrá de efectuarse con absoluta independencia que es tanto como no injerencia de factor alguno de presión, sino que, pueda, en su caso, derivar en una conclusión o tesis que no coincida con la que provenga de cualquier otro sector de juridicidad o, mucho menos, de la que se sustenta por la parte interesada; opinar de otro modo, sería tanto, como afirmar que cualquier diferencia interpretativa entre la tesis judicial y la de la parte interesada —de ordinario la que vio rechazada su pretensión— provocaría un desvío atacable por la vía del error judicial, cercenándose con ello unas de las savias más fructíferas y garantes de aquella independencia funcional, como es la omnímoda libertad, salvo el respeto a la Ley, de los Tribunales al resolver los litigios con criterios de especial entendimiento de las sanciones así establecidas.

Una confirmación de esta tesis sobre la conceptualización del «error judicial» puede encontrarse en la siguiente exposición jurisprudencial: «El error judicial ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, con yerro indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan sólo a ojos de quienes fueron parte o se sienten perjudicados, requiriendo el error propio que se haya *actuado abiertamente fuera de los cauces legales*, partiendo de unos hechos distintos de aque-

llos que hubieran sido objeto del debate y sobre los cuales el juzgador haya tenido un conocimiento equivocado por causas extraprocesales, y no cuando se trata de apreciar pretendidos errores *in iudicio* o *in iudicando*, lo que determina que al amparo de un supuesto error judicial no puedan denunciarse interpretaciones que quien pretende su declaración estima subjetivamente incorrectas o violaciones en orden al alcance y efectos de la ley material, como tampoco errores de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba, ni puedan atacarse conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales dentro del esquema traído al proceso bajo los principios de contradicción y bilateralidad, ya que de otro forma, como declaró la Sentencia de 13 de abril de 1988, se establecería una nueva instancia y una evidente fisura a la seguridad jurídica; o como dice la Sentencia de 4 de febrero de 1988, el error judicial no puede basarse en establecer motivaciones subjetivas, cual pretende la recurrente, sobre la interpretación de las leyes que el Tribunal aplicó con criterio racional y lógico dentro de las normas de la hermenéutica jurídica, sin que esta Sala pueda prejuzgar, dentro de tal clase de procedimientos, si dicho criterio es el único aceptable o si existen otros también razonables, ya que en modo alguno pueden unos y otros considerarse constitutivos de error judicial generador de indemnización (S. de 22 de julio de 1989)».

SEPARACIÓN MATRIMONIAL.—CONVENIO REGULATORIO. OMISIÓN DEL PASIVO. ARTICULO 90 DEL CÓDIGO CIVIL.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Alfonso Villagomez Rodil, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el marido demandado contra la sentencia de la sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Bilbao, que había confirmado íntegramente la del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de esa población, declarando que «el hecho de que en el convenio se haya omitido todo el pasivo no le quita eficacia y se mantiene subsistente, pues lo que procede es que se complete y adicione con los olvidados (S. de 20-11-1993), conforme autoriza el artículo 1.079 del Código Civil, al que remite expresamente el 1.410 (*favor partitionis*), que es lo que aquí ha sucedido». Y que «una vez homologado el convenio —en otro caso carecería de eficacia procesal—, los aspectos patrimoniales no contemplados en el mismo y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial pendiente de liquidación, y ningún precepto impide reclamarlo al otro ex-cónyuge que resulte deudor del mismo».

SOCIEDAD DE GANANCIALES. EXTINCIÓN. SEPARACIÓN DE HECHO. (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1999.)

Declarada la extinción de la sociedad de gananciales es conforme al artículo 1.393 n.º 3.º del Código Civil, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Menéndez Hernández declara no haber lugar al recurso de casación contra la sentencia de la Sala 2.^a de la Audiencia Provincial de Santander que había confirmado la del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 7 de esa población, ya que el presupuesto legal se ha cumplido con exceso, pues durante años uno de los cónyuges habita en una ciudad diferente sin posición formal del otro.

TUTELA. FACULTADES DEL TUTOR. ARTICULO 287 DEL CÓDIGO CIVIL.
(SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1999.)

Entre las facultades del tutor no se encuentra la de ejercitar la acción de separación matrimonial.

Interpuesto por el Ministerio Fiscal recurso de casación en interés de Ley contra la sentencia de la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo, confirmatoria de la dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 3 de esa población, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Pedro González Poveda declara no haber lugar al recurso, basado en que la declaración general del artículo 267 del Código Civil ha de matizarse teniendo en cuenta la naturaleza de la representación que exige que la declaración de voluntad sea una declaración de voluntad propia del representante aunque sus efectos hayan de recaer en el representado, por lo que la generalidad de la doctrina excluye del ámbito de la representación los negocios jurídicos de Derecho de familia, dado su carácter personalísimo que requiere que esa declaración de voluntad emane de la persona a quien el acto va a afectar; especialmente, se considera indamisible la representación en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas que solo pueden ser decididos por aquellos cuyo estado civil va a resultar modificado. Tal es el caso de las acciones civiles de separación matrimonial o divorcio en que, por su estimación, surge un estado civil nuevo de los cónyuges o ex-cónyuges sometidos a un régimen jurídico distinto de aquél por el que se venían rigiendo; por ello, el ejercicio de tales acciones solo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge a quien la Ley reconoce legitimación para ello.

Según esta sentencia el totalmente incapacitado, que ya lo era al tiempo de contraer matrimonio, si bien su incapacidad no estaba declarada judicialmente, está «condenado» a permanecer casado, —pues no puede obtener la separación, nulidad o divorcio por sí mismo, dada su situación de incapacidad, ni tampoco puede hacerlo a través del tutor, por tratarse de un acto personalísimo, lo que no deja de ser una antinomia de primer orden. Como el Derecho canónico es más liberal en este punto, tratándose de este matrimonio, la solución pudiera encontrarse en obtener la separación en vía canónica, ya que el canon 1674 considera hábiles para impugnar el matrimonio, además de los cónyuges, al promotor de justicia y sólo limita a los cónyuges el ejercicio de la acción en caso de matrimonio rato y no consumado (canon 1697); y una vez obtenido la sentencia canónica, pedir su ejecución en vía civil. También podría pedirla en esta vía el cónyuge *capaz* y en este caso, ¿seguiría estimando el Tribunal de este pleito que el tutor no puede representar al cónyuge incapaz? Como vemos, no resulta muy congruente y ajustada a los graves intereses en juego, esta sentencia. Sin que sea de recibo su argumento conceptual y abstracto del carácter personalísimo de la acción, pues también en otros casos que afectan al estado civil (v. gr.: declaración de fallecimiento del ausente, acciones de reclamación o impugnación de filiación y paternidad) se permite su ejercicio a los representantes. Además militan en contra de esta sentencia los siguientes argumentos:

— No estamos ante una representación voluntaria, sino que la del tutor viene a asimilarse a la representación legal del padre o madre, como lo demuestra el supuesto de la patria potestad prorrogada, por lo que no es válido el argumento de que la declaración de voluntad no pueda ser sustituida, puesto

que por el propio presupuesto, hay que partir de la incapacidad del representado.

— El artículo 40 de la Ley de Divorcio de 2 de mayo de 1932 permitía expresamente al tutor del incapaz pedir la separación con autorización del Consejo de Familia.

— Si el cónyuge *capaz* puede solicitarla, también debería poder hacerlo en representante legal del incapacitado, a fin de mantener la igualdad de derecho entre ambos cónyuges.

— Los Tribunales están para decidir en casos concretos atemperando el carácter de la ley a los supuestos de hecho. En este caso, matrimonio sin hijos, siendo la madre tutora del incapaz, parece que la interpretación debería tener en cuenta que los padres suelen procurar lo mejor para sus hijos. ¿*Quid* si el cónyuge capaz abusara de su situación o infringiera sevicias al otro incapaz?

— La misma discrepancia entre los órganos jurisdiccionales demuestra lo peligroso de la interpretación conceptualista de las normas, pues el Juzgado n.º 6 de Oviedo estimó, en auto de jurisdicción voluntaria, facultada a la madre para que en representación de su hijo tutelado interpusiera demanda de separación o divorcio contra su esposo, auto que fue confirmado, ante la oposición de éste, por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo. Mientras que la sección 6.ª de ésta mantiene criterio opuesto confirmando la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3.

— En caso de duda, la interpretación ha de favorecer el interés más débil, más necesitado de protección, que es el del incapaz, a través de su representante legal.

MATRIMONIO CIVIL.—NULIDAD, USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Declarada la nulidad del matrimonio civil a instancia de la esposa por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Zaragoza, que decidió que «el uso del domicilio del matrimonio no se adjudica a ninguna de las partes, pudiendo seguir ocupándolo la esposa hasta un plazo máximo de seis meses. Los restantes efectos de la nulidad podrán solicitarse en ejecución de sentencia. «Apelada la sentencia por ambos cónyuges fue confirmada por la de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Interpuesto recurso de casación por la ex-esposa, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta declara no haber lugar al mismo, basándose en que se trata de una cuestión de hecho, conforme al artículo 96-3 del Código Civil, que ha sido correctamente valorada por el Tribunal de Instancia.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES.—NULIDAD POR CAUSA ILÍCITA. ARTÍCULOS 1.325 Y 1.326 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1999.)

Declarada la nulidad, por simulación y/o ilicitud de la causa, de la escritura de capitulaciones matrimoniales, en virtud de tercería de dominio postulada por la esposa, y a instancia de los acreedores, por el Juzgado de 1.ª

Instancia n.º 3 de Gijón, sentencia que fue confirmada por la de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, 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 apreciando la ilicitud de la causa que motivó el otorgamiento de la escritura de capitulaciones, aunque el crédito mercantil contraído fuese posterior a dicha escritura, porque la causa de la distribución de los bienes matrimoniales no resulta real, cierta y efectiva.

SOCIEDAD DE GANANCIALES. EXTINCIÓN. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1999.)

La sociedad de gananciales se disuelve *ope legis* desde que recae sentencia firme de separación matrimonial.

Los bienes gananciales pasan a integrar, hasta la liquidación, una comunidad postmatrimonial, de naturaleza especial.

Son nulos los actos dispositivos de dichos bienes realizados por un solo cónyuge, sin el consentimiento del otro.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara haber lugar a la total casación y anulación de la sentencia dictada por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que había revocado la del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Vigo, que confirma, salvo en lo referente a las costas, conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

Los presupuestos fácticos que, para la adecuada y exigible comprensión de la cuestión litigiosa planteada, han de ser aquí consignados, son los siguientes: 1.º Don José-Manuel Porto González y doña María de las Nieves Alvarez Martínez estaban casados entre sí, hallándose su matrimonio sometido al régimen económico de la sociedad legal de gananciales. 2.º Mediante documento privado de fecha 22 de enero de 1985, don José-Manuel Porto González (casado con doña María de las Nieves Alvarez Martínez) compró a don José Loureiro Velay ciento cincuenta y seis (156) acciones nominativas, señaladas con los números 1795 al 1950, de la entidad mercantil «Plaza de España, Estación de Servicio, S.A.», por el precio de un millón quinientas sesenta mil pesetas. 3.º Mediante documento privado de fecha 22 de enero de 1985, don José-Manuel Porto González (casado con doña María Nieves Alvarez Martínez), compró a don Leandro Alvarez Vázquez cincuenta y dos (52) acciones nominativas, señaladas con los números 2001 al 2052, de la entidad mercantil «Plaza de España, Estación de Servicio, S.A.», por el precio total de quinientas veinte mil pesetas. 4.º Por medio de acta notarial de fecha 20 de febrero de 1988 (autorizada por el Notario de Vigo, don José-Luis Espinosa Anta), doña María de las Nieves Alvarez Martínez requirió a su esposo don José-Manuel Porto González «a fin de que se abstenga de realizar cualquier acto de administración o disposición de bienes pertenecientes a la sociedad legal de gananciales, sin autorización expresa de su esposa y de forma especial en lo referente a las acciones de la entidad mercantil "PLAZA DE ESPAÑA, ESTACIÓN DE SERVICIO, S.A.", anteriormente mencionadas». 5.º Por medio de acta notarial de fecha 20 de febrero de 1988 (autorizada por el mismo Notario anteriormente dicho), doña María de las Nieves Alvarez Martínez requirió a don José Loureiro Velay, aparte de otros extremos, a fin de que «se

abstenga de efectuar cualquier transacción en relación con las acciones que fueron objeto de compraventa, sin contar con la autorización de la requirente señora Alvarez Martínez, toda vez que las mismas pertenecen a la sociedad de gananciales del matrimonio, del que es contrayente y parte interesada». 6.º En el mes de mayo de 1988, doña María de las Nieves Alvarez Martínez promovió contra su esposo don José-Manuel Porto González, contra don José Loureiro Velay y contra doña Carmen Porto González y don Leandro y doña Monserrat Alvarez Porto (viuda e hijos, respectivamente, del fallecido don Leandro Alvarez Vázquez), un juicio de menor cuantía (autos número 248/88 del Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Vigo), en el que postuló se dicte sentencia en la que se declare: a) La validez del contrato de compraventa de acciones suscrito en fecha 22 de enero de 1985 entre don José Loureiro Velay, extendido en papel timbrado, clase 7.ª, n.º 1A2207892; b) La validez del contrato de fecha 22 de enero de 1985, suscrito entre don Leandro Alvarez Vázquez y don José-Manuel Porto González para la compraventa de acciones, extendido en papel timbrado, clase 7.ª n.º 1B2052435; c) Se condene a los demandados a cumplir dichos contratos en todos sus extremos y en especial en el contenido de sus cláusulas tercera y cuarta. En dicho juicio de menor cuantía, el referido Juzgado dictó sentencia de fecha 29 de septiembre de 1988, la cual contiene el siguiente FALLO: «Que estimando íntegramente la demanda formulada... debo declarar y declaro: a) La validez del contrato de compraventa de acciones suscrito en fecha 22 de enero de 1985 entre don José Loureiro Velay y don José-Manuel Porto González, extendido en papel timbrado, clase 7.ª n.º 1A2207892; b) La validez del contrato de fecha 22 de enero de 1985, suscrito entre don Leandro Alvarez Vázquez y don José-Manuel Porto González para la compraventa de acciones, extendido en papel timbrado, clase 7.ª n.º 1B2052435; c) Condenar a los demandados, a cumplir dichos contratos en todos sus extremos y en especial en el contenido de sus cláusulas tercera y cuarta». 7.º En ejecución de la referida sentencia (que había quedado firme) el Corredor de Comercio Colegiado, de Vigo, don Guillermo García Gómez, con fecha 13 de enero de 1989, autorizó Póliza de compra, por don José-Manuel Porto González, de 208 acciones (156 que, por documento privado de fecha 22 de Enero de 1985, había comprado a don José Loureiro Velay, más 52 acciones que, también por documento privado de la misma fecha, había comprado a don Leandro Alvarez Vázquez), numeradas del 1795 al 1950 y del 2001 al 2052, de la entidad mercantil «Plaza de España, Estación de Servicio, S.A.», por el precio total de dos millones ochenta mil pesetas. 8.º En proceso de separación matrimonial (autos número 442/88 del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Vigo), seguido entre doña María de las Nieves Alvarez Martínez, como demandante, y su esposo don José-Manuel Porto González, como demandado, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de La Coruña dictó sentencia de fecha 22 de marzo de 1990, que contiene el siguiente FALLO: «Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por doña María de las Nieves Alvarez Martínez contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Vigo, de fecha 29 de marzo de 1989 y estimando la demanda interpuesta por aquella contra don José-Manuel Porto González y el Ministerio Fiscal, declaramos la separación matrimonial de dichos cónyuges, con los efectos legales correspondientes y entre ellos la inscripción registral de esta sentencia y con los demás efectos personales, familiares y económicos que se determinen en ejecución de sentencia, sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de ambas instancias. Esta

sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso alguno». 9.º Mediante Póliza de Contrato de Compraventa de Valores Mobiliarios, de fecha 16 de octubre de 1990 (autorizada por el Corredor de Comercio Colegiado de Vigo, don José-Luis Prieto Fenech), don José-Manuel Porto González vendió a la entidad mercantil «Plaza de España, Estación de Servicio, S.A.» las doscientas ocho (208) acciones de dicha entidad mercantil, a las que nos hemos referido anteriormente, por el precio efectivo total de seis millones ochocientas ochenta y una mil doscientas sesenta y cuatro (6.881.264) pesetas.

Con base en los presupuestos fácticos que anteriormente han sido relacionados, en octubre de 1991, doña María de las Nieves Alvarez Martínez promovió contra don José-Manuel Porto González y contra la entidad mercantil «Plaza de España, Estación de Servicio, S.A.» el juicio de menor cuantía del que este recurso dimana, en el que postuló se dicte sentencia (según se dice textualmente en el *petitum* de la demanda) «por la que se declare la nulidad absoluta del contrato de compraventa de las 208 acciones de la entidad mercantil 'Plaza de España, Estación de Servicio, S.A.', efectuado entre los demandados en fecha 16 de octubre de 1990, o subsidiariamente se declare la rescisión de la compraventa efectuada».

En dicho proceso no se personó el demandado don José-Manuel Porto González, por lo que, en su momento, fue declarado en situación de rebeldía procesal, en la que se ha mantenido; solamente se personó la codemandada entidad mercantil «Plaza de España, Estación de Servicio, S.A.», la que contestó a la demanda y pidió la total desestimación de la misma.

La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró «nulo el contrato de compraventa de 16 de octubre de 1990 celebrado entre las partes».

En el correspondiente recurso de apelación, interpuesto por la codemandada entidad mercantil «Plaza de España, Estación de Servicio, S.A.», la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia por la que, revocando la de primera instancia, desestimó la demanda y absolvió de la misma a los demandados don José-Manuel Porto González y entidad mercantil «Plaza de España, Estación de Servicio, S.A.».

Contra la referida sentencia de la Audiencia, la demandante doña María de las Nieves Alvarez Martínez ha interpuesto el presente recurso de casación, que articula a través de cuatro motivos.

La *ratio decidendi* de su pronunciamiento desestimatorio de la acción de nulidad del litigioso contrato de compraventa de acciones societarias (primera de las ejercitadas en el proceso) la basa, sustancialmente, la sentencia recurrida en que considera que la sociedad compradora de las mismas no procedió de mala fe, pues si bien tenía conocimiento de la situación conflictiva existente entre los cónyuges don José-Manuel Porto González y doña María de las Nieves Alvarez Martínez, de la separación provisional de los mismos e, incluso, de la pendencia entre ellos de un pleito de separación matrimonial, no le constaba (cuando celebró el contrato de compraventa) que ya hubiera recaído sentencia firme en dicho pleito, decretando la separación de los referidos esposos, al no haber sido inscrita dicha sentencia firme en el Registro Civil, por lo que la sociedad compradora, viene a decir la sentencia recurrida, consideraba que el esposo don José-Manuel Porto González, a cuyo nombre figuraban las acciones, estaba facultado para proceder a la venta de las mismas, conforme a lo preceptuado en el artículo 1.384 del Código Civil.

Como de los cuatro motivos que integran el presente recurso de casación, el que somete a la consideración de esta Sala el tema verdaderamente nuclear

de la cuestión debatida, en lo atinente a la primera de las acciones ejercitadas en el proceso (la nulidad del litigioso contrato de compraventa), es el segundo de ellos, razones de estricta metodología casacional aconsejan comenzar por el estudio del mismo, ya que del tratamiento (desestimatorio o estimatorio) que deba dársele, dependerá el que, respectivamente, hayan de ser examinados o no los restantes motivos del expresado recurso.

En dicho motivo segundo, con residencia procesal en el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia textualmente «infracción del artículo 1.384* del Código Civil por aplicación indebida en relación con el artículo 6.4.º del mismo cuerpo legal en unión de la doctrina legal contenida en la Sentencia de 28/09/1993». En el alegato integrador de su desarrollo aduce la recurrente, en esencia, que al haberse decretado, por sentencia firme de fecha 22 de marzo de 1990, la separación matrimonial de ella y de su esposo, y haber quedado por imperativo legal, desde dicha fecha, disuelta la sociedad de gananciales, cualquier acto de disposición que uno de los cónyuges hiciera de algún bien ganancial, sin el consentimiento del otro, era radicalmente nulo, como ocurrió en el presente caso con las acciones vendidas por su esposo después de recaída la aludida sentencia firme.

El tratamiento casacional que ha de corresponder al expresado motivo es el que se desprende de las consideraciones que seguidamente se exponen. Recaída sentencia firme de separación matrimonial, se produce la disolución de la sociedad de gananciales de manera automática y por ministerio de la ley, según se desprende del artículo 1.392 del Código Civil, cuando preceptúa que la sociedad de gananciales concluirá «de pleno derecho». Una vez producida, en la forma dicha, la expresada disolución, los bienes que hasta entonces habían tenido el carácter de gananciales, pasan a integrar (hasta que se realice la correspondiente liquidación) una comunidad de bienes postmatrimonial o de naturaleza especial, que ya deja de regirse, en cuanto a la administración y disposición de los bienes que la integran, por las normas propias de la sociedad de gananciales. Sobre la totalidad de los bienes integrantes de esa comunidad postmatrimonial ambos cónyuges (o, en su caso, el supérstite y los herederos del premuerto) ostentan una titularidad común, que no permite que cada uno de los cónyuges, por sí solo, pueda disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad radical el acto dispositivo así realizado. Si durante la vigencia de la sociedad de gananciales (constante el matrimonio) el cónyuge a cuyo nombre figuraran o en cuyo poder se encontraran unos títulos valores podía, por sí solo, disponer de los mismos (no obstante su naturaleza ganancial), por así facultarlo el artículo 1.384 del Código Civil, una vez disuelta *ope legis* la sociedad de gananciales, como consecuencia de la sentencia firme de separación matrimonial (núm. 3.º del art. 1.392 del citado Código), ya desaparece o se extingue dicha facultad, al no continuar tales bienes sometidos ya (en cuanto a su administración y disposición) a las normas reguladoras de la sociedad de gananciales, por lo que la disposición de tales títulos valores (como la de cualquier otro bien originariamente ganancial) habrá de realizarse conjuntamente por ambos cónyuges, estando tal acto dispositivo viciado de nulidad radical, si lo realiza uno solo de los cónyuges, como ocurrió en el presente supuesto litigioso, en que, habiéndose decretado por sentencia firme de fecha 22 de marzo de 1990, la separación matrimonial de los cónyuges don José-Manuel Porto González y doña María de las Nieves Alvarez Martínez, después de ello (concretamente el día 16 de octubre de 1990) el esposo don José-Manuel Porto González, por sí solo, vendió las doscientas ocho

acciones de la entidad mercantil «Plaza de España, Estación de Servicio, S.A.» (que eran gananciales), cuyo acto dispositivo, volvemos a decir, es radicalmente nulo, ya que para la realización del mismo era imprescindible el consentimiento también de la esposa (separada) doña María de las Nieves Alvarez Martínez, sin que quepa aducir la buena fe de la sociedad compradora de las referidas acciones, ya que dicha sociedad, de carácter eminentemente familiar (formada solamente por cuatro socios, tres de ellos unidos por vínculos familiares al esposo don José-Manuel Porto González, y el cuarto fue el que representó a la sociedad en la compraventa aquí impugnada) conocía plenamente la situación conflictiva de los cónyuges don José-Manuel Porto González y doña María de las Nieves Alvarez Martínez, la separación provisional de los mismos, decretada judicialmente, la existencia del proceso de separación matrimonial entre ellos y la oposición de la esposa doña María de las Nieves Alvarez Martínez a que se llevara a efecto, por su esposo, la venta de las referidas acciones, todo lo cual lo declara probado la sentencia aquí recurrida, aunque luego no haya extraído de ello las lógicas consecuencias jurídicas que eran procedentes, según anteriormente se ha dicho. Por todo lo aquí razonado, el presente motivo segundo, que hasta ahora hemos venido examinando, ha de ser estimado, con lo que deviene innecesario el examen de los tres restantes motivos del recurso.

COMENTARIO

Parece demasiado fuerte estimar la nulidad radical que postula esta sentencia, pues si al cónyuge que realizó el acto dispositivo se le adjudican los bienes de que dispuso, no existe razón fundada para descartar una ratificación, que incluso podría entenderse se produciría *ope legis* en virtud de esa misma adjudicación, como acto sujeto a una *conditio iuris* de carácter suspensivo.

F. C. C.

E) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

PARTICIÓN TESTAMENTARIA. ARTÍCULOS 1.056 Y 1.058 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1998.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte apelada contra la sentencia de la sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba que revocando la del Juzgado de 1.^a Instancia de Lucena había declarado no ajustada a derecho la partición efectuada por los cónyuges testadores y confirmando la sentencia del citado Juzgado que la declaró ajustada a derecho rechazando la efectuada por el contador-partidor dirimente. Todo ello conforme a los siguientes hechos y fundamentos de derecho:

El soporte fáctico del proceso al que este recurso se refiere está integrado por los siguientes hechos: 1.º En su matrimonio, los esposos don Miguel López Luna y doña Dolores Montes Muriel tuvieron tres hijos, llamados don Manuel, don Francisco y doña Araceli López Montes. 2.º El día 17 de diciembre de 1977, el padre don Miguel López Luna, otorgó testamento abierto ante el Notario de Lucena (Córdoba), don Manuel Aguilar García, bajo el número 1184 de su protocolo, en el que, después de manifestar el testador que estaba casado con doña Dolores Montes Muriel, de cuyo matrimonio tenía los tres hijos anteriormente referidos, que legaba a su mencionada esposa el usufructo universal, vitalicio y sin fianza de su herencia «con cuyo legado quedarán satisfechos sus derechos legitimarios», y después de manifestar que instituía por sus únicos y universales herederos a partes iguales a sus tres mencionados hijos, el expresado testamento contenía la siguiente cláusula: «...QUINTA.—Ordena el testador que la casa número dieciocho de la calle Rute, de esta ciudad (Lucena) se adjudique de por mitad e indiviso a sus hijos Manuel y Francisco; y a su hija Araceli, la estacada de olivar, en el camino de Rute, de este término». 3.º El mismo día 17 de diciembre de 1977, la madre doña Dolores Montes Muriel otorgó también testamento abierto, ante el mismo Notario anteriormente dicho, bajo el número siguiente (1185) de su protocolo, en el que después de manifestar la testadora que estaba casada con don Miguel López Luna, de cuyo matrimonio tenía los tres hijos anteriormente referidos, que legaba a su mencionado esposo el usufructo universal, vitalicio y sin fianza de su herencia «con cuyo legado quedarán satisfechos sus derechos legitimarios», y después de manifestar que instituía por sus únicos y universales herederos a partes iguales a sus tres mencionados hijos, el expresado testamento contenía la siguiente cláusula: «...QUINTA.—Ordena la testadora que la casa número dieciocho de la calle Rute, de esta ciudad (Lucena), se adjudique por mitad e indiviso a sus hijos Manuel y Francisco; y a su hija Araceli, la estacada de olivar, en el camino de Rute, de este término». 4.º La madre doña Dolores Montes Muriel falleció el día 27 de mayo de 1978, bajo el expresado testamento abierto, sin que su viudo e hijos practicaran la partición de la herencia de su referida causante. 5.º El padre don Miguel López Luna falleció el día 25 de diciembre de 1982, bajo el expresado testamento abierto. 6.º En junio de 1990, el hijo don Francisco López Montes promovió juicio de testamentaria, a sustanciar con sus hermanos don Manuel y doña Araceli López Montes, con la pretensión de que se practicara la partición conjunta y única de las herencias de sus padres don Miguel López Luna y doña Dolores Montes Muriel. 7.º En el inventario practicado en dicho juicio de testamentaria quedó acreditado que el caudal hereditario de los dos referidos causantes estaba integrado única y exclusivamente por los dos siguientes bienes: la casa número dieciocho de la calle Rute, de Lucena, y la estacada o finca de olivar en el camino de Rute, con cabida de una fanega, igual a sesenta y dos áreas y sesenta centiáreas. 8.º En la correspondiente Junta, los tres referidos hermanos-herederos, de mutuo acuerdo, designaron como contador-partidor único a don José-Amador Cebrián Ramírez, Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Lucena. 9.º El expresado contador-partidor único practicó la partición conjunta y única de las herencias de los cónyuges don Miguel López Luna y doña Dolores Montes Muriel, en los siguientes términos: a la hija doña Araceli López Montes le adjudicó en pleno dominio la estacada o finca de olivar en el camino de Rute; al hijo don Manuel López Montes le adjudicó en pleno dominio la totalidad de la casa número dieciocho de la calle

Rute, de Lucena, que había sido valorada en nueve millones novecientas cincuenta mil setecientas (9.950.700) pesetas; y al hijo don Francisco López Montes le adjudicó un crédito contra su hermano don Manuel, por importe de cuatro millones novecientas setenta y cinco mil trescientas cincuenta (4.975.350) pesetas (mitad del valor de la referida casa). 10.º En la Junta correspondiente (arts. 1.086 y 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), don Manuel López Montes se opuso a la partición practicada por el contador-partidor único.

Ante la falta de conformidad acerca de la partición practicada por el contador-partidor único, se dio al asunto la tramitación del juicio ordinario correspondiente por la cuantía (art. 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que fue el juicio de menor cuantía, iniciándolo don Francisco López Montes, mediante demanda, en la que postuló (según dice textualmente en el *petitum* correspondiente) se dicte «resolución que desestimando la pretensión del demandado, declare ser ajustada a derecho la partición efectuada por el contador-dirimente (sic), de común acuerdo designado, disponiendo su aprobación y subsiguiente protocolización».

Por su parte, don Manuel López Montes también presentó escrito, que llamó de «alegaciones», en el que postuló (según se dice textualmente en el *petitum* correspondiente) «se dicte resolución en que estimando las pretensiones de mi principal se declare no ser ajustada a derecho la partición efectuada por el contador dirimente (sic) por ir en contra de la voluntad testamentaria de los causantes, los que ya habían realizado la partición de sus bienes. Por tanto, debiéndose adjudicar la casa número 18 de la calle Rute de por mitad e indiviso a don Francisco López Montes y a mi constituyente».

La hermana doña Araceli López Montes no se personó en este proceso.

La sentencia de primera instancia hizo el siguiente pronunciamiento: «Que desestimando la demanda..., debo declarar y declaro no ajustada a derecho la partición efectuada por el contador dirimente (sic) en esta litis, que no procede, por ello, aprobar, por cuanto que existe partición testamentaria de todos los bienes relictos, que hace innecesario y excluye el presente procedimiento».

En el correspondiente recurso de apelación, interpuesto por el demandante don Francisco López Montes, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Córdoba dictó sentencia de fecha 7 de febrero de 1994 por la que, revocando la de primera instancia, declaró (según dice textualmente en su «fallo») «no ajustada a derecho la partición hereditaria de los bienes de doña Dolores Montes y don Miguel López, llevada a cabo por el contador-partidor don José Amador Cebrián Ramírez; quien deberá llevarla a cabo, en trámite de ejecución de sentencia, en la forma prevista en el apartado 8 de los fundamentos de esta sentencia, y siguiendo los criterios contenidos en el resto de dichos fundamentos».

Contra la referida sentencia de la Audiencia, el demandado don Manuel López Montes ha interpuesto el presente recurso de casación, que articula a través de cuatro motivos.

La sentencia aquí recurrida, a través de los razonamientos contenidos en sus siete primeros fundamentos jurídicos, parece que viene a sostener, en esencia, que como quiera que los dos padres testadores disponen en sus respectivos testamentos, de fecha (los dos) 17 de diciembre de 1977, de unos mismos bienes, ha de presumirse que tales bienes eran gananciales, por lo que, fallecida antes la madre (1978), debió haberse practicado previamente la liquidación de la sociedad de gananciales para poder saber cuáles eran los bienes que pertene-

cían al padre (cónyuge supérstite), de los cuales solamente podría éste haber dispuesto por testamento, «por todo cual (dice textualmente en su Fundamento jurídico quinto) si no puede declararse *a priori* nula la cláusula 5.^a de ambos testamentos, sí ha de subordinarse su eficacia limitándola a los bienes de que pueden disponer los testadores: lo cual exige la liquidación de la sociedad de gananciales en la partición de la herencia de doña Dolores, que ha de hacerse previamente», a lo que agrega, por un lado (en su Fundamento jurídico sexto), que «si a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.058 del Código Civil, los herederos podrán hacer la distribución de la herencia de la manera que tengan por conveniente, cuando, como en el presente caso, no hubiere acuerdo, se hará en la forma prevenida en la LEC, a tenor de lo que dispone el artículo 1.059 del Código Civil, y, «por otro lado (dice textualmente en su Fundamento jurídico séptimo), la imposibilidad de división de un bien debe plasmarse en la adjudicación en indivisión por cuotas, no estando facultados los contadores, si no lo acuerdan los interesados, para adjudicar a uno solo un bien, aún con indemnización a otro». Con base en los expresados y heterogéneos razonamientos (aquí expuestos lo más sintéticamente posible), la sentencia aquí recurrida los concluye en su Fundamento jurídico octavo, que literalmente dice así: «No existiendo acuerdo entre los coherederos, el contador-partidor debió hacer separadamente las particiones hereditarias de doña Dolores Montes y don Miguel López; determinar en aquélla la naturaleza de los bienes que integraban el patrimonio conyugal; liquidar la sociedad de gananciales; determinado el caudal hereditario proceder a la formación de lotes, resolviendo, para ello, la posibilidad o no de aplicar lo dispuesto en la cláusula 5.^a del testamento; incluir en el inventario de bienes del caudal hereditario de don Miguel el usufructo universal sobre los bienes dejados por su esposa; proceder a la formación de lotes, resolviendo, igualmente, la posibilidad o no de aplicar la cláusula 5.^a del testamento. Y no habiéndolo hecho así, no se ha practicado en forma la partición hereditaria de los bienes de los causantes» (Fundamento jurídico octavo de la sentencia recurrida).

Como en los motivos segundo, tercero y cuarto se acusa a la sentencia recurrida de haber incurrido en el vicio de incongruencia, mientras que en el primero se denuncia infracción de preceptos jurídico-sustantivos, razones de estricta metodología casacional aconsejan comenzar por el estudio de aquéllos.

En el motivo segundo, al amparo procesal del ordinal tercero del artículo 1.692 de la Ley ritual civil, se denuncia «infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del principio de congruencia y 24-1.º de la Constitución y jurisprudencia que los desarrolla». En el encabezamiento del motivo tercero se dice textualmente lo siguiente: «Que se aduce como subsidiario del anterior y al amparo del artículo 1.692-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, principio de congruencia, artículo 24-1 de la Constitución y jurisprudencia que los desarrolla». A continuación de dicho encabezamiento, se limita a decir que el aludido motivo tercero lo formula con carácter subsidiario del anterior, para el solo supuesto de que se entendiera que su cauce procesal correcto es el del ordinal cuarto y no el del tercero (utilizado para el motivo anterior) pero que, salvo eso, lo basa en las mismas alegaciones hechas en dicho motivo anterior. El encabezamiento del motivo cuarto dice textualmente lo siguiente: «Que se aduce *ad cautelam* y para el supuesto de no admitirse los anteriores al amparo del artículo 1.692-3.º por infracción de las normas reguladoras de las sentencias y forma en que deben dictarse, habiendo con

ello producido indefensión y concretamente del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 248-3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

El examen conjunto de los expresados motivos viene determinado por la circunstancia de que el objeto impugnatorio de todos ellos es exactamente el mismo y consiste en acusar a la sentencia recurrida de haber incurrido en el vicio de incongruencia, al haber introducido por su propia iniciativa y pasado luego a resolver una cuestión totalmente nueva y no debatida en el proceso, cual es la de si se había practicado o no la liquidación de la sociedad de gananciales, al producirse el fallecimiento (en 1978) de doña Dolores Montes Muriel (madre de los hermanos aquí litigantes), cuando la única cuestión debatida entre las partes en el proceso, dice el recurrente, ha sido la de determinar si la partición hecha por el contador-partidor único ha de considerarse válida, a pesar de no respetar la partición que los padres de los hermanos aquí litigantes habían hecho en sus respectivos testamentos (de la misma fecha) o si dicha partición era totalmente innecesaria, al haber sido ya hecha por los padres en sus aludidos testamentos.

Después de constatar que el cauce procesal adecuado para denunciar un supuesto vicio de incongruencia y, en general, cualquier supuesta infracción de las normas reguladoras de la sentencia es el del inciso primero del ordinal tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no el del ordinal cuarto de dicho precepto (por lo que el sorprendente motivo tercero, que debió haber sido inadmitido en su momento, ha de tenerse por no formalizado), después de hecha, decimos, la referida puntualización, los motivos segundo y cuarto han de ser estimados, ya que una de las manifestaciones de la incongruencia de una sentencia viene determinada por la alteración que haga de la *causa petendi* (relato histórico que integra el componente fáctico único del proceso), en cuya alteración ha incurrido la sentencia recurrida, ya que los hermanos litigantes, que en ningún momento han debatido o negado la naturaleza ganancial de los dos únicos bienes (una casa y un pequeño trozo de terreno de olivar) que integraban el patrimonio de sus padres (sin existencia de bienes de ninguna otra naturaleza), la única cuestión que han debatido en el proceso es la de que, si una vez fallecidos los dos padres, el contador-partidor único (nombrado en el juicio de testamentaría promovido por uno de los hermanos) podía hacer una partición nueva y distinta de la que los padres habían hecho en sus respectivos e idénticos testamentos (otorgados el mismo día y ante el mismo Notario), que es la tesis del demandante (y promotor del juicio de testamentaría) don Francisco López Montes, o si, por el contrario, dicha nueva y distinta partición del contador-partidor único era totalmente innecesaria, desde el momento en que los padres ya la habían hecho en las exactamente idénticas cláusulas quintas (que han sido transcritas literalmente en los apartados 2.º y 3.º del Fundamento jurídico primero de esta resolución) de sus respectivos e idénticos testamentos (otorgados el mismo día y ante el mismo Notario), en las que ambos cónyuges testadores partían entre sus tres hijos los dos únicos y ya referidos bienes (gananciales) integrantes de sus respectivos patrimonios (sin existencia de ningunos otros), a cuya partición había de estarse necesariamente, que es la tesis del demandado, aquí recurrente, don Manuel López Montes, y la que había acogido la sentencia de primera instancia, sin que en ningún momento se haya debatido en el proceso si debía haberse hecho previamente la liquidación de la sociedad de gananciales, al fallecer la madre (primero de los cónyuges testadores que falleció), por

lo que al entrar la sentencia recurrida a conocer de dicho tema (no planteado, ni debatido, repetimos, por las partes en el proceso) y que era totalmente innecesario, una vez fallecidos los dos padres, los cuales, además, volvemos a decir, no tenían más bienes que los dos anteriormente dichos (que los repartían entre sus tres hijos), ha venido a introducir una cuestión nueva y alterar, por tanto, la *causa petendi*, con el consiguiente incurrimento en el vicio de incongruencia, lo que ha de determinar, como antes ya se dijo, la estimación de los motivos segundo y cuarto.

Al amparo del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aparece formulado el motivo primero, en el que se denuncia «infracción del artículo 1.056 y 675 del Código Civil, en la relación que ambos preceptos guardan con el objeto del proceso, y de la jurisprudencia que los interpreta». En su muy extenso y no menos confuso alegato, el recurrente viene a sostener, en esencia, que la voluntad de los padres era la de partir entre sus tres hijos los dos únicos bienes que les pertenecían, como así lo hicieron en sus respectivos testamentos, por lo que era improcedente, dice el recurrente, una partición nueva y distinta hecha por el contador-partidor en el juicio de testamentaría promovido por el demandante en este proceso, don Francisco López Montes.

El tratamiento casacional que ha de corresponder al expresado motivo es el que se desprende de las consideraciones que seguidamente se exponen. Si bien es cierto que el testador no puede por sí solo practicar la partición de sus bienes propios, incluyendo en ella bienes gananciales (Sentencias de esta Sala de 12 de diciembre de 1959, 17 de mayo de 1974, 3 de marzo de 1980, 7 de diciembre de 1988, entre otras), también lo es que, en el caso concreto aquí enjuiciado, con las muy específicas circunstancias que lo configuran, los padres testadores, que no tenían más patrimonio que dos bienes gananciales (la casa familiar y un trozo de terreno de olivar) y carecían en absoluto de bienes privativos, mediante sendos testamentos totalmente iguales y simultáneos, otorgados el mismo día y ante el mismo Notario (con lo que no se conculca la prohibición de testar mancomunadamente), manifestaron su clara e inequívoca voluntad de partir dichos dos bienes comunes únicos entre sus hijos, en la forma que expresan en las totalmente idénticas cláusulas quintas (que han sido transcritas literalmente en los apartados 2.º y 3.º del Fundamento jurídico primero de esta resolución) de sus referidos testamentos, sin que condicionaran en modo alguno la eficacia de dicha partición conjunta (aunque no mancomunada) y única al resultado de una previa liquidación de la sociedad de gananciales, la que consideraron y la hicieron innecesaria desde el momento en que se legaron recíprocamente (el que muriera antes en favor del supérstite), en pago de sus derechos legitimarios (así se dice en el testamento), el usufructo universal y vitalicio de esos dos referidos bienes, únicos existentes, en la parte que los mismos pudiera corresponder a cada testador, cuya cláusula (que es la tercera de cada uno de esos dos testamentos) fue respetada por los tres hijos y herederos universales y únicos de los dos referidos causantes, con lo que devino totalmente innecesaria la práctica de la liquidación de la sociedad de gananciales, al morir la madre en 1978, que fue la primera en fallecer, y permaneciendo intactos e indivisos esos dos bienes comunes (únicos existentes, volvemos a decir) al morir el padre en 1982. Siendo ello así, ha de tenerse en cuenta que el artículo 1.056 del Código Civil admite, como una de las formas posibles de hacer la partición, la que de sus propios bienes realice el testador en su testamento (como la hicieron los dos padres en sus

dos aludidos e idénticos testamentos simultáneos) y a la que atribuye fuerza vinculante —«se pasará por ella», dice el precepto—, siendo indudable que sus efectos son los mismos que si se tratara de partición judicial o de partición extrajudicial, practicadas por los propios herederos o por albaceas o contadores-partidores, es decir, sus efectos (dice textualmente la Sentencia de esta Sala de 21 de julio de 1986) son los de conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados, ello, claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1.075, en relación con el 1.056, ambos del Código Civil, concede a los herederos forzosos en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o de que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador. Por todo lo expuesto, el presente motivo primero también ha de ser estimado.

El acogimiento de los motivos primero, segundo y cuarto, con las consiguientes estimación del presente recurso y casación y anulación total de la sentencia recurrida, obliga a esta Sala a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate (núm. 3.º del art. 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que ha de hacerse en el sentido de que (salvo en materia de costas) se ha de confirmar el «fallo» de la sentencia de primera instancia, en cuanto considera totalmente innecesario acudir a un juicio de testamentaría y a la subsiguiente partición por un contador-partidor de unas herencias que ya habían sido partidas por los propios testadores en sus respectivos testamentos, máxime cuando la partición realizada por dicho contador-partidor es distinta de la que habían hecho los testadores, pues éstos adjudican la casa por mitad e indiviso a sus dos hijos y herederos (don Manuel y don Francisco López Montes), mientras que el contador-partidor la adjudica en pleno dominio a uno solo de los hijos (don Manuel) y concede al otro (don Francisco) un crédito contra su referido hermano, por la mitad del valor de dicha casa; dada la especial complejidad que presenta el tema objeto del litigio, esta Sala entiende que existen razones suficientes para no hacer expresa imposición de las costas de ninguna de las dos instancias; tampoco procede hacerla de las del presente recurso de casación, al haber sido estimado el mismo, y sin que haya lugar a acordar la devolución del depósito, al no haber sido constituido el mismo, por no ser las sentencias de la instancia conformes de toda conformidad y, además, haber litigado el recurrente con el beneficio de justicia gratuita.

Estima la sentencia que al disponer los cónyuges en sus respectivos testamentos la adjudicación de todos los bienes relictos, han efectuado la partición, por lo que ha de pasarse por ella conforme a los artículos 1.056 y 1.058 del Código Civil, sin que haya lugar a la efectuada en juicio de testamentaría. Se advierte aquí, una vez más, la dificultad de separar lo dispositivo («*ordena el testador...*» de lo puramente particional («*...se adjudique...*» término impersonal, sin que sea el propio testador quien adjudica los bienes).

INSTITUCIÓN EN FAVOR DEL ALMA. ARTICULO 747 DEL CÓDIGO CIVIL.
(SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1998.)

La institución a favor del alma no constituye título hereditario a favor de los beneficiados por la adquisición del dominio de los bienes de que así dispuso el testador.

Don J. B. O. instituyó heredera en una cuarta parte de su herencia a su alma, ordenando que el albacea por él nombrado entregue los bienes correspondientes a tal institución al Excmo. señor arzobispo de Burgos, para atenciones del culto y religiosas, en sufragio del alma del testador. El albacea efectuó la partición adjudicando al arzobispo de Burgos, con esta finalidad, la planta baja y la vivienda del piso primero de un inmueble que constituyó en propiedad horizontal.

Los adjudicatarios, como herederos del inmueble, entre ellos el Arzobispado, iniciaron conversaciones con los arrendatarios del inmueble dirigidas a la adquisición por éstos de todo el edificio, llegando al acuerdo consignado en documento privado, de adquirirlo por 25 millones de pesetas, si bien tal documento no parece que llegara a firmarse por persona facultada por la parte adjudicataria, sino por el intermediario albacea.

Los arrendatarios del inmueble demandan a los herederos adjudicatarios del mismo para que eleven a escritura pública lo convenido por el precio indicado.

El Juzgado de 1.^a Instancia número 6 de Burgos estimó íntegramente la demanda, sentencia que fue revocada por la de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Burgos, que absolvió a los demandados.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Pedro González Poveda, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelada, conforme a los siguientes fundamentos:

Por la íntima relación existente entre ellos se impone el examen conjunto de los motivos primero y segundo del recurso, ambos, al igual que los restantes, acogidos al ordinal 4.^o del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en el motivo primero se alega infracción, por aplicación indebida, de los cánones 1.290, 1.291 y 1.292 del Código de Derecho Canónico, puesto que, se dice, si dicho Código forma parte del ordenamiento jurídico español a tenor de lo dispuesto en el artículo 38 del Código Civil y del Acuerdo de 3 de enero de 1979, entre el Estado Español y la Santa Sede, tales cánones no son aplicables al caso, ya que la causa litigiosa no pertenece en propiedad al patrimonio común o estable del Arzobispado de Burgos, ni mucho menos a la Diócesis de Burgos como afirma el fundamento III de la sentencia de la Audiencia; en todo caso, se viene a decir, constituiría un patrimonio separado y con un fin específico: el de dedicar su producto a «atenciones de culto y religiosas en sufragio del alma del testador» y causante don José Blanco Ojeda. En el motivo segundo se alega infracción, por inaplicación, del artículo 747 del Código Civil, haciéndose mención, en los que la parte denomina fundamentos del motivo, de los artículos 609, párrafo 2.^o, 658, párrafos 1.^o y 2.^o, y 660, del mismo Cuerpo legal; la tesis sustentada en el motivo se resume en que en la institución a favor del alma del testador, ni el alma ni los beneficiarios de los bienes, en este caso el arzobispado de Burgos, son herederos del testador, por lo que no ha podido adquirir por herencia la planta baja y primera de la tan repetida casa.

La institución en favor del alma, de honda raigambre en el derecho histórico, ha sido reconocida como válida y eficaz por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tanto la anterior como la posterior al Código Civil, y así la Sentencia de 20 de abril de 1906 dice que «es válida la institución hereditaria hecha a favor del alma del testador, según lo dispuesto en el artículo 747 y

lo declarado por el Tribunal Supremo en diferentes sentencias, entre ellas en las de 31 de diciembre de 1888 y 2 de enero de 1889, y que estando determinados concretamente en el testamento de don J.B. los sufragios y obras piadosas a que han de aplicarse los productos de la finca a tal efecto legada, debe cumplirse la voluntad del testador, por ser esta la suprema ley a que ha de atenerse en materia de sucesión», y la Sentencia de 16 de abril de 1927 afirma que «la institución de heredero a favor del alma de la testadora no estuvo nunca prohibida en nuestras antiguas leyes aplicables a este caso, ni lo están en el Código Civil, que la autoriza en su artículo 747, habiéndose reconocido por la jurisprudencia la validez de tal institución, y siendo esto así, preciso es admitir como válida y eficaz la designación de heredero que a favor de su alma hizo la causante». No obstante no poder ser considerada el alma como heredera se reconoce la validez de esta institución sin que pueda ser considerado como heredero el albacea encargado de la distribución de los bienes ni tampoco el diocesano ni el gobernador a los que se refiere el artículo 747 del Código Civil.

El artículo 747 del Código Civil contiene una norma interpretativa aplicable en aquellos casos en que la disposición de sus bienes por el testador para sufragio y obras piadosas en favor de su alma se hace «indeterminadamente y sin especificar su aplicación», estableciéndose así una norma de distribución supletoria de la voluntad del testador y que habrá de ceder, como establece la citada Sentencia de 20 de abril de 1906, ante la manifestada voluntad de aquél acerca del destino de los bienes, dado el carácter de ley suprema de la herencia que tiene el testamento. Dado que en el testamento del causante se estableció, en los términos transcritos en el primero de los fundamentos jurídicos de esta resolución, el destino de los bienes objeto de la institución a favor de su alma, no resulta aplicable la regla distributiva del artículo 747, que sólo puede entenderse violado en el sentido de reconocerse en el mismo la validez de la institución de heredero a favor del alma en cuanto esta forma de institución no hace adquirir, en concordancia con el artículo 609, párrafo segundo del Código Civil, el dominio de los bienes por la institución o establecimiento favorecido por el destino impuesto por el testador o, supletoriamente, por el artículo 747, que haya de darse a los bienes. Por ello no puede aceptarse por esta Sala la declaración contenida en el fundamento segundo de la sentencia recurrida, en el sentido de que «la Diócesis de Burgos y... adquirieron por herencia la propiedad del edificio sito en el número 7 de la calle Almirante Bonifaz, de Burgos, por partes concretas (la diócesis la planta baja y el piso primero...), «ya que, se reitera, la institución en favor del alma no constituye título hereditario a favor de los beneficiados para la adquisición del dominio de los bienes de que así dispuso el testador.

Tampoco puede compartir esta Sala la declaración que, implícitamente, se hace en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia, de formar parte los bienes atribuidos en las operaciones particionales realizadas por el albacea testamentario a favor del Arzobispado de Burgos «en atenciones de culto y religiosas en sufragio del alma del testador» del «patrimonio estable de la Iglesia». El Código de Derecho Canónico se refiere al «patrimonio estable» en el canon 1.285, sin que en éste ni en ningún otro canon se defina o describa el mismo que un autorizado sector de la doctrina especializada entiende que habrá de estar interesado por bienes que constituyen la base económica mínima y segura para que pueda subsistir la persona jurídica de modo autónomo y atender los fines y servicios que les son propios; como se ha dicho antes,

los bienes de que dispuso el testador en favor de su alma no han sido adquiridos a título de herencia por persona jurídica eclesiástica alguna, por lo que no pueden estar destinados, tampoco, a atender los fines y servicios de ninguna de ellas; no pueden ser calificados esos bienes como bienes temporales de la Iglesia universal, ni de ninguna Iglesia particular o persona jurídica eclesiástica, pública o privada (canon 1.255), porque falta esa adquisición a título de herencia, por lo que no les son aplicables, para determinar su régimen jurídico, los cánones del Código de Derecho Canónico ni los estatutos de persona jurídica eclesiástica alguna (canon 1.257), sino que habrán de regirse por la voluntad del testador manifestada en su testamento, suprema ley de herencia. Atribuida por el testador al Excmo. señor arzobispo de Burgos la plena disposición de los bienes, sean muebles o inmuebles, para atenciones de culto y religiosas en sufragio del alma del testador, ello implica que la enajenación de los mismos no necesitaba, en cuanto no supone sino el cumplimiento de la voluntad del testador, someterse a ningún requisito estatutario o complementario de la mera voluntad del arzobispo, obligado a dar al producto de la venta el destino ordenado por el testador y no otro, por lo que no resultan aplicables al caso los requisitos previstos en los cánones que se citan en la sentencia recurrida y, en consecuencia, deben ser acogidos los dos primeros motivos del recurso, aunque ello no implica, por sí solo, la estimación del recurso.

En el motivo tercero se alega infracción, por inaplicación, de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil, por una parte; y de otra, de los artículos 7.1 y 1.258 del mismo cuerpo legal. El motivo no puede prosperar, ya que no es admisible, según reiterada doctrina de esta Sala, la cita conjunta en un mismo motivo de preceptos heterogéneos y que no guardan entre sí ninguna relación, como son los ahora invocados; de otra parte no cabe tampoco la cita conjunta de los artículos 1.249 y 1.253 para combatir la prueba de presunciones; referido el artículo 1.249 a la prueba del hecho-base de la presunción, este hecho-base sólo puede ser atacado en casación, a partir de la Ley 10/1992, de 30 de abril, alegando error de derecho en la valoración de la prueba con cita de la norma reguladora de la misma que se considere infringida, siendo así que el artículo 1.249 del Código Civil no contiene norma alguna de esa clase. Por último, se acusa a la sentencia recurrida de no haber hecho uso de la prueba de presunciones para declarar la buena fe de los actores recurrentes en casación; es doctrina reiteradísima de esta Sala (Sentencias de 15 de noviembre de 1996 y las en ella citadas) la de que el artículo 1.253 del Código Civil faculta o autoriza, más no obliga, a utilizar la prueba de presunciones, por lo que cuando el Juzgador de instancia no hace uso de este medio probatorio para fundamentar su fallo, no resulta infringido dicho precepto.

En el cuarto motivo se alega infracción, por inaplicación de los artículos 1.445 y 1.450 del Código Civil en relación con los artículos 1.254, 1.258 y 1.262 del mismo texto legal; entienden los recurrentes que previas las naturales negociaciones o preliminares quedó perfeccionado un contrato de compraventa sobre el edificio número 7 de la calle Almirante Bonifaz, de Burgos, cuando la oferta en firme realizada por el administrador de la finca don Joaquín Manuel Ibáñez Arnáiz, siguiendo instrucciones recibidas de don José Luis del Rincón Cibrián, fue aceptada plenamente por los demandantes.

Dice la Sentencia de esta Sala de 10 de octubre de 1986, que «aún siendo frecuente que el proceso formativo del contrato se inicie con manifestaciones de voluntad, contenidas en tratos preliminares o conversaciones previas que los

interesados mantienen sin fuerza vinculante antes de decidirse a la celebración del negocio y mediante cuales se comunican sus respectivas aspiraciones, tal fase preparatoria es bien distinta de la oferta en cuanto declaración de voluntad de naturaleza recepticia, como tal dirigida a otro sujeto y emitida con un definitivo propósito de obligarse si la aceptación se produce, siguiendo, en consecuencia, el consentimiento por la coincidencia de esas declaraciones de los contratantes en que la oferta y la aceptación consisten, de donde se sigue que encaminados los tratos preliminares a la formación de la primera, desaparecerán una vez cumplida su misión en el momento en que en el *iter* contractual se llegó a formular una proposición final, con todas las notas de una verdadera oferta; b) realizada la oferta de contrato o propuesta conteniendo los requisitos indispensables al fin proyectado y por consiguiente con todos los elementos necesarios para el futuro contrato (los denominados *essentialia negotii*) que tratándose de una compraventa serán la cosa y el precio, el contrato se genera en su perfección con el asentimiento de la otra parte, manifestando su aceptación a los términos en que aquella declaración ha sido hecha por el oferente y alcanzándose en suma, el *in idem plactium* o punto de conjunción de los contrapuestos intereses que es el acuerdo determinante del consentimiento, cuya suficiencia para la perfección del negocio viene proclamada por el artículo 1.254 del Código Civil y ha sido recordada por la doctrina jurisprudencial»; por otra parte, es doctrina jurisprudencial reiterada y constante que es cuestión de hecho determinar si existe o no consentimiento, y ello compete al juzgador de instancia, pesando sobre quien lo alega la prueba de su existencia.

La tesis impugnatoria de los recurrentes se basa en una revisión y valoración interesada y parcial de la prueba aportada a los autos, singularmente de la documental, consistente en los documentos números 9, 10 y 12 de los acompañados con la demanda con apoyo en la declaración testifical del administrador de la finca, señor Ibáñez Arnáiz, que intervino como *nuncius* o mensajero entre las partes, olvidando la recurrente la facultad discrecional que corresponde al Juzgador de instancia para apreciar y valorar la prueba testifical; además los recurrentes hacen una valoración parcial de las manifestaciones de dicho testigo omitiendo las respuestas dadas a las repreguntas que se le formularon de las que resulta que fueron los recurrentes quienes, por indicación del señor Ibáñez, hicieron una inicial propuesta de compra por el precio de 21.250.000 pesetas, que no fue aceptada por don José Luis del Rincón, administrador del Arzobispado y representante de la otra copropietaria, quien indicó al señor Ibáñez que sería necesaria una oferta mucho mayor para tramitar la venta; asimismo que, en ningún momento, la propiedad del inmueble manifestó al citado testigo que el precio por el que procedería a la venta era el de 25.000.000 de pesetas, sino que esa cantidad fue fijada por los recurrentes a indicación del señor Ibáñez, quien reconoce que don José Luis del Rincón no le manifestó que ese fuese el precio de venta; no puede entenderse, por tanto, que existiese una oferta de venta con carácter vinculante para los oferentes al faltar en ella la determinación precisa del elemento precio, esencial del contrato de compraventa; nos encontramos así ante unos tratos o conversaciones preliminares, sin fuerza vinculante alguna ni eficacia para entender perfeccionado el contrato de compraventa que se aduce por los actores. Debe, en consecuencia, desestimarse el motivo, lo que lleva consigo la desestimación del motivo quinto en que se alega infracción de los artículos 1.091, 1.256 y 1.257 del Código Civil.

La desestimación de los motivos tercero, cuarto y quinto, no obstante la estimación de los dos primeros, determina la del recurso con la preceptiva condena en costas de los recurrentes, a tenor del artículo 1.715-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

NOTA.—Sobre la institución a favor del alma y las diversas explicaciones en punto a su justificación y régimen jurídico, pueden consultarse, entre otros, las siguientes obras:

MALDONADO, J.: *Herencias en favor del alma en el Derecho español*.

MARTÍNEZ PEREDA, M.: «Reflexiones jurídicas sobre la llamada sucesión a favor del alma», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo VII, págs. 149-189.

ROYO MARÍN, J.: «Disposiciones testamentarias con fines piadosos (herencias en favor del alma y fundaciones benéficas)», en *Curso de conferencias del I Colegio Notarial de Valencia*, 1951, págs. 39-111.

RIESCCO, A.: «Legislación actual sobre herencias y legados píos (1889 a 1960)», en *Anuario de Derecho civil*, XV-2, págs. 365-408.

SUCESIÓN INTESADA. HIJO EXTRAMATRIMONIAL. DECLARACIÓN DE HEREDEROS «AB INTESTATO». COMUNIDAD HEREDITARIA. (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

La declaración de herederos *ab intestato* puede hacerse en juicio declarativo.

El actor, como hijo natural reconocido (sic) del causante, pues había nacido en 1920, promueve juicio de menor cuantía contra sus hermanastros, hijos matrimoniales del causante, casado posteriormente, solicitando se declare su filiación, que junto con sus hermanastros es heredero de su padre y que se efectúe la partición de la herencia.

La Audiencia Provincial de Lugo confirmó la del Juzgado de 1.^a Instancia de Chantada, acogiendo las pretensiones del actor, si bien no efectuó expresamente la declaración de herederos abintestato, pues ambas sentencias se limitan a declarar que el actor es hijo no matrimonial de don... y como tal es heredero abintestato del referido causante, debiéndose llevar a cabo la partición de la herencia por los trámites de la testamentaria, adjudicándose al actor la cuota correspondiente. Los demandados y apelantes interponen recurso de casación, acogido parcialmente por el Tribunal Supremo, que en sentencia de la que es ponente el Magistrado don Francisco Morales Morales, completa la de la Audiencia declarando herederos abintestato a los cuatro hijos matrimoniales y al hijo no matrimonial, añadiendo que como pudiera plantearse cuestión en fase de ejecución de sentencia de cuál sea la cuota que corresponde a este último, la Sala se considera en el deber de puntualizar que al haberse producido la apertura de la sucesión del causante con mucha anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, concretamente el 1 de marzo de 1949, los derechos hereditarios del actor en la herencia del padre (como hijo natural reconocido del mismo, entonces), habrán de ser los que le corresponderían con arreglo a la legislación vigente en la referida fecha de apertura de la sucesión, conforme establece la Disposición Transitoria 8.^a de la citada Ley.

Contiene esta sentencia declaraciones que confirman una reiterada jurisprudencia, consistentes en que:

1. La declaración de herederos abintestato puede obtenerse a través de un juicio declarativo ordinario, siempre que los extremos sobre los que recae la declaración tengan en él la correspondiente justificación (Sentencias de 9-12-55, 8-3-72, 9-12-92).

2. Los derechos a la herencia se rigen por la legislación vigente en el momento de apertura de la sucesión (Sentencias de 13-2 y de 28-12-1990, 8-11-91, 28-7-95).

3. Cuando los bienes hereditarios se poseen de consumo, en común y *pro indiviso* por los coherederos, dicha posesión no es hábil para que los mismos puedan adquirir los bienes integrantes del indiviso caudal hereditario, por cuanto no prescribe entre coherederos la acción para pedir la partición de la herencia (Sentencias 8-6-43, 4-4-60, 13-11-69, 23-6-82, 20-10-89 y 18-4-94).

DERECHO HEREDITARIO. PARTICIÓN. ARTICULO 1.068 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1999.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Xavier O'Callaghan Muñoz, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y apelada contra la sentencia de la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra que había revocado la del Juzgado de 1.^a Instancia número 1 de Tui, declarando que el actor y apelante era heredero testamentario de su padre en un 35 por 100 y desestimando las demás pretensiones de la demanda, consistentes en que el actor era propietario de la vivienda unifamiliar en la misma proporción del 35 por 100 y que por ser la misma indivisible se ha de vender en pública subasta, así como la inoficiosidad de las donaciones efectuadas por el causante.

La sentencia confirma reiterada jurisprudencia según la cual «el testamento por sí solo no es suficiente para justificar la adquisición de bienes determinados de la herencia, mientras no se haga la liquidación de la misma y, por consecuencia de ella, la partición y adjudicación a cada interesado de su parte correspondiente» y que «hasta que no se efectúe la partición por cualquiera de los modos admitidos en derecho no adquieren los herederos la propiedad exclusiva» (Sentencias de 5 de noviembre de 1992 y 31 de enero de 1994), de modo que «una atribución en el testamento no basta para que el heredero se declare propietario» (Sentencia de 16 de mayo de 1991), entre otras razones porque, como dice el aforismo, «antes es pagar que heredar».

Distingue, por tanto, la sentencia netamente entre el derecho hereditario en abstracto y su título hereditario, constituido por el testamento, con los documentos complementarios (certificado de defunción y del RGAUV) o la declaración de herederos judicial o notarial abintestato y el título de propiedad de bienes concretos, que lo es la escritura de partición hereditaria o la de manifestación de herencia y excepcionalmente el documento privado (art. 14, párr. 3.º de la LH).

F. C. C.