

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

Por ELENA MÚGICA ALCORTA

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1996.)

Hechos.—El propietario de un local comercial abrió un hueco en la pared general del edificio a fin de comunicar aquél con el contiguo en otro edificio.

Doctrina de la Sentencia.—La pared en que se ha practicado la apertura es la divisoria entre los dos edificios colindantes que sirve como cerramiento a los dos locales. Aunque la citada pared no tenga una misión estructural, no cabe duda de que es un elemento común dentro de los del inmueble y altera su configuración o estado exterior, por lo que, con arreglo al artículo 7 LPH, el propietario del local no podía hacer la obra sin consentimiento de la comunidad. La sanción por la contravención es la reposición del elemento alterado a su anterior estado.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: NO PROCEDE DECLARAR SU NULIDAD AUNQUE EL CRÉDITO QUE SIRVE DE SOPORTE AL EMBARGO NO SEA PREFERENTE. CANCELACIÓN POR EXTINCIÓN DEL EMBARGO COMO CONSECUENCIA DE LA ADJUDICACIÓN DE LA FINCA EN OTRO PROCEDIMIENTO EN EL QUE SE EJECUTA UN CRÉDITO PREFERENTE, SIN REMANENTE. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1996.)

Hechos.—Una vivienda estaba gravada con dos anotaciones de embargo, letras A y B. El titular de la anotación letra B adquirió la finca por adjudicación en subasta dentro del procedimiento de que dimanó la citada anotación B y posteriormente la vendió libre de cargas a un tercero. Por todo ello ejercita acción en juicio de menor cuantía solicitando se declare la preferencia de su crédito y la nulidad y cancelación de la anotación letra A.

Doctrina de la Sentencia.—El actor tiene legitimación activa para promover estas actuaciones. La afirmación de un derecho personal de prelación sobre un crédito respecto de otro con consecuencias sobre un embargo de inmuebles, anotado preventivamente en el Registro, en tanto que éste no transforma la naturaleza de los créditos ni por sí mismo constituye un derecho real, supone razón legitimadora bastante. De otra parte, el interés del demandante es evidente: si se mantiene la anotación preventiva letra A, el nuevo comprador de la vivienda podría pedir la resolución del contrato de compraventa o en su defecto una indemnización de daños y perjuicios, o bien el actor tendría que afrontar directamente el importe de la anotación; es decir, sufriría unos perjuicios económicos, que no está obligado a soportar.

En cuanto a la legitimación pasiva, no es preciso llamar al proceso al adquirente de la vivienda. El litis consorcio reviste carácter necesario cuando la inescindibilidad del tema litigioso impide que se pueda en términos jurídicos dictar sentencia acerca de la cuestión de fondo por indisponibilidad parcial del sujeto o sujetos demandados sobre aquélla. En el caso tal situación no se produce según se desprende de lo razonado en cuanto a la legitimación activa, puesto que la contienda, aunque guarde relación con los derechos que sobre la cosa tiene el adquirente, no se confunde con estos últimos que estarían protegidos, en todo caso, por las responsabilidades del vendedor por evicción, responsabilidades que son, justamente, las que desea la parte liberar por medio de este asunto.

No se puede declarar la nulidad de una anotación preventiva de embargo, aunque el crédito que sirve de soporte al embargo no sea preferente, respecto de aquel otro con el que pugna en relación con el bien objeto de embargo, si aquélla cumple *ab initio* con todos los requisitos que exige la LH para su validez.

Se admite la posibilidad de promover un declarativo para dilucidar la preferencia entre los créditos al margen de la tercería. En primer término porque el actor no podía plantear en la propia ejecución que instaba o proseguía hasta la adjudicación del bien en pública subasta, dada su situación procesal, ninguna tercería que, en todo caso, hubiera correspondido a la contraparte. Y en segundo lugar porque justamente el juicio declarativo era la única vía para resolver el problema planteado.

Discutida la preferencia del crédito que sustentaba el embargo sobre el inmueble y establecido que es preferente al que motivó la adjudicación del bien otro crédito distinto del que sirvió de base a la primera anotación, sin que hubiera remanente a repartir, el repetido embargo carece de eficacia sobre el mencionado bien inmueble y por eso se extingue por completo el derecho anotado, en cuanto que tal embargo carece de objeto (art. 79.2.º LH), sin perjuicio de que subsiste vivo el crédito y la posibilidad de instar o continuar la ejecución sobre otros bienes del deudor. La extinción del embargo determina, consecuentemente, la cancelación de la anotación preventiva cuestionada.

Comentario.—Examina el Tribunal Supremo el importante tema del ejercicio procesal de las preferencias crediticias y admite la posibilidad de promover juicio declarativo para que se declare la preferencia de un crédito al margen de la tercería. En otro ámbito, la RDGRN de 11 de noviembre de 1988, admitió que «cuando la ejecución individual contra el deudor se verifique por el procedimiento judicial sumario, en virtud del carácter hipotecario del crédito perse-

guido, existe vía procesal adecuada para anteponer en el pago, con cargo al crédito realizado, los créditos que pudieran ser preferentes al del actor sobre el mismo bien hipotecado, cual es la interposición del oportuno juicio declarativo previsto en el artículo 132 LH». ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (en su libro *El Registro de la Propiedad y el sistema de las preferencias crediticias* y en un artículo titulado «La oponibilidad de la adquisición de la propiedad en el embargo y en el concurso», incluido en el *Libro Homenaje a José María Chico y Ortiz*), distingue dos tercerías de distinta naturaleza, función y alcance, según se desarrollen en el contexto de una ejecución comenzada o en el juicio declarativo ordinario. Mientras que la tercería en el procedimiento ejecutivo no declara derechos y no produce cosa juzgada, la reclamación de mejor derecho ejercitada en procedimiento ordinario permite la declaración plena del rango de un crédito, produce el efecto de cosa juzgada y reserva los derechos mediante la oportuna anotación preventiva de demanda.

Por otro lado, se plantea el problema de subsistencia o no después de la ejecución y remate de los créditos anotados preventivamente con anterioridad al crédito ejecutado. SARMIENTO RAMOS, en su libro *En torno a la naturaleza jurídica del embargo*, combate la posibilidad de reembargo y sostiene que, en todo caso, la ejecución por una acción personal comportará la subsistencia de todas las cargas y gravámenes anteriores, cualquiera que sea la relación de preferencia meramente creditual entre los créditos respectivos. Otros autores dan por supuesta la subsistencia (ORTIZ NAVACERRADA, BONET NAVARRO). ALVAREZ CAPEROCHIPÍ entiende subsistentes los créditos anotados con anterioridad, que además sean de rango preferente al del crédito ejecutado. PARDO NÚÑEZ, en *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*, afirma la subsistencia de las cargas con rango superior a la que se ejecuta; para la cancelación de la anotación anterior por crédito no preferente, si la finca ha sido rematada por un tercero y no hay sobrante, exige, a falta de consentimiento expreso del anotante y como la sentencia que aquí recogemos, juicio declarativo ordinario, considerando dudoso que baste para hacer la cancelación de la anotación anterior el caso de que su titular fuere requerido y no compareciere, o compareciere y no se opusiere.

Finalmente, además de la posibilidad que este fallo concede al acreedor preferente, titular de anotación preventiva posterior, y que se califica de «justamente (...) la única vía para resolver el problema planteado», cabe mencionar la apuntada por las RRDGRN de 23 y 24 de abril y 3 de junio de 1996, de obtener sentencia estimatoria de tercería de mejor derecho y asumir la condición de parte en la ejecución instada por el acreedor no preferente, titular de anotación preventiva anterior, que no pide ejecución de su sentencia de remate, reconociendo que «cuando hay sentencia de remate y sentencia estimatoria de la tercería, la condición de actor en fase de apremio (con todas las consecuencias que ello lleva inherente, cfr. arts. 1.483, 1.488.3, 1.493, 1.497, 1.504, 1.505, etc. LEC) corresponderá a ambos, tercerista y acreedor».

ADQUISICIÓN DEL DOMINIO: EN LA VENTA JUDICIAL FORZOSA. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1996.)

En la venta judicial, el consentimiento en la transmisión lo presta por sustitución la autoridad judicial, quien primeramente saca a subasta los bienes y después los adjudica al mejor postor, una vez que el condenado no ha

cumplido la sentencia, otorgando también la escritura pública si el ejecutado no lo hace en un plazo determinado (en la actualidad hasta este trámite resulta innecesario).

Además, en el caso litigioso existió un precio cierto de la venta: en los autos aparece unida la certificación de cargas y las anteriores son asumidas por los compradores, subrogándose en ellas, sin que el precio se destine a su extinción. Esta situación fáctica no se corresponde con la de la Sentencia de 9 de marzo de 1985, que contempló un supuesto de invalidez de compraventa por indeterminación del precio, ya que los otorgantes (juez y compradores), al aludir al capítulo de cargas, se habían remitido a las existentes en el Registro de la Propiedad, advirtiendo el Notario autorizante de la necesidad de su comprobación de acuerdo con el artículo 175 RN.

Por tanto, en la venta judicial examinada han concurrido todos los elementos que exige el artículo 1.261 del Código Civil: el consentimiento lo han prestado los órganos y las personas que, con arreglo a la Ley, tenían que hacerlo; y, respecto al precio, su *certeza* y determinación no ofrece duda racional de clase alguna.

LA PROHIBICIÓN DE DISPONER DEL ARTICULO 51 LAU, TEXTO REFUNDIDO DE 24 DE DICIEMBRE DE 1964, NO ES APLICABLE A LA CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA. VALOR DE LAS RESOLUCIONES DGRN. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1996.)

Hechos.—El arrendatario de un local comercial obtuvo judicialmente el retracto en un supuesto de cesión de remate derivada de subasta judicial. Posteriormente hipotecó el inmueble en garantía de un préstamo, pactando el vencimiento anticipado en caso de impago de cualquier mensualidad. El cesionario de aquel remate insta la resolución de la compraventa otorgada como consecuencia del retracto a favor del retrayente y de la hipoteca que éste constituyó, invocando el artículo 51.1 LAU, Texto Refundido de 24 de diciembre de 1964.

Doctrina de la Sentencia.—El objeto de debate queda reducido a la valoración que habrá de darse a la RDGRN de 22 de septiembre de 1967, la cual, refiriéndose concretamente al préstamo hipotecario, lo considera como transmissivo al declarar: «que la LAU (...) regula el retracto arrendaticio de fincas urbanas como un beneficio legal establecido en favor del inquilino que ocupa un piso a fin de facilitarle el acceso a la propiedad que le resuelva el problema de la vivienda y evite el conflicto que podría surgir al pasar el dominio del inmueble arrendado a una tercera persona, pero a fin de impedir que, al amparo de este beneficio, pudieran realizarse negocios de especulación, el artículo 51 de la Ley citada prohíbe la enajenación de los pisos adquiridos por el ejercicio de aquel derecho durante un plazo de dos años, pues de otra manera se quebrantaría la finalidad social perseguida». Además establece que «dado que la hipoteca como derecho real de realización de un valor lleva implícita una transmisión por acto *inter vivos*, en el caso de incumplimiento de sus obligaciones por el deudor, hay que entender en principio que tal acto se encuentra comprendido dentro de la limitación del *ius disponendi* que establece el artículo 51 y amenazado, por tanto, de resolución a instancia de parte interesada, salvo en los casos de que acreedor

y deudor hayan convenido en no ejercitar la acción hipotecaria hasta que pueda enajenarse libremente el piso adquirido o en el supuesto excepcional de que el titular retrayente se encuentre en la situación señalada en la última parte del párrafo 1.º de dicho artículo de haber venido a peor fortuna». La Resolución viene a incurrir en una cierta contradicción en sus propios términos, pues la tesis que propugna —la constitución de una hipoteca por un retrayente equivaldría a la transmisión *inter vivos* del inmueble adquirido— no resulta conciliable con la excepción que establece al respecto —convenio en no ejercitarse la acción hipotecaria hasta que pudiera enajenarse libremente el inmueble adquirido—.

Habría que dilucidar cuál es la autoridad que se ha de dar a las resoluciones de la citada Dirección General y, en este sentido, las Sentencias de 22 de abril de 1987 y 15 de marzo de 1991 establecieron que si bien la doctrina de las mismas no es propiamente jurisprudencial, dado el carácter administrativo del Centro que resuelve, sin embargo es usual concederles una reconocida autoridad y sobre todo en los casos en que ninguna otra doctrina o norma se aducen en contra de la opinión fundada de dicho Centro. El valor que pueda concedérseles a las resoluciones no podrá ser superior al que establecen las sentencias citadas, esto es, el reconocimiento de una valiosa autoridad, pero carente, desde luego, de fuerza vinculante para los Juzgados y Tribunales y de eficacia para completar la dicción de un precepto legal o de suplir la laguna que pudiera ofrecer.

La hipoteca no está conceptuada en nuestro Código Civil como un modo de adquirir la propiedad (art. 609) y por definición carece de facultades transmisivas a ese respecto, al menos, de presente, al ser un derecho de garantía y de realización de valor que recae sobre bienes inmuebles y que asegura el cumplimiento forzoso de un crédito mediante la concesión a su titular de la facultad de llevar a cabo, en su caso y momento oportuno, la realización del valor de aquéllos, enajenándolos y percibiendo su precio a través del procedimiento legalmente establecido, y buena prueba de ello es la prohibición del pacto comisorio contenida en los números 7.º y 8.º del artículo 107 LH. Las consideraciones que anteceden impiden la resolución de la hipoteca constituida por el retrayente, sin infracción del artículo 51 LAU, lo cual hubiera acontecido a lo sumo, y en su caso, si la hipoteca se hubiera realizado dentro del plazo de los dos años de que se habla en el primer apartado.

Comentario.—ROCA SASTRE, al tratar de los efectos especiales de las prohibiciones voluntarias de disponer, entiende que la prohibición de vender entraña la de hipotecar porque la constitución de una hipoteca puede naturalmente conducir a la venta por ejecución del crédito hipotecario correspondiente; esto no obstante, es inscribible la hipoteca y surte sus efectos, siempre que se pacte que no será posible la ejecución por razón de impago hasta transcurrido el plazo establecido a la prohibición de vender; todo ello según reconocen las RRDGRN de 18 de abril de 1952 y 18 de enero de 1963.

En el ámbito de las prohibiciones legales, la legislación arrendaticia rústica dispone que, ejercitado el derecho de acceso a la propiedad, el arrendatario no podrá enajenar, arrendar o ceder en aparcería la finca adquirida hasta que transcurran seis años desde la fecha de la adquisición, salvo que lo haga en favor del IRYDA; si hipotecase la finca, la acción del acreedor no podrá tener efectividad hasta que transcurra dicho plazo. Así lo preceptúa el artículo 84 de la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre

de 1980, recogiendo el precedente de los artículos 17 del Reglamento sobre Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959 y 17 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 15 de marzo de 1935, modificado por la Ley de 17 de julio de 1949.

La interpretación que la sentencia reseñada da al artículo 51.1 LAU, Texto Refundido de 24 de diciembre de 1964, se acerca a la del texto arrendaticio rústico rechazando la doctrina sentada por la DGRN en las Resoluciones citadas. Sin embargo, conviene recordar que para los arrendamientos urbanos regidos por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, sus artículos 25 y 31 han suprimido toda prohibición de disponer.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1996.)

Hechos.—Construcción de un muro que cierra una urbanización originalmente abierta, impidiendo el acceso directo a los locales comerciales desde el exterior.

Doctrina de la Sentencia.—La construcción de un nuevo elemento común de las características del cerramiento efectuado afecta al título constitutivo de la propiedad, excediendo los límites de un simple acto de administración para proteger la seguridad de las personas y bienes que pudiera excluir la regla de unanimidad establecida en el artículo 16, norma 1.^a LPH en relación con el artículo 11.

ACCESIÓN ARTIFICIAL O INDUSTRIAL: NO PUEDE REPUTARSE COMO OBRA EL ASFALTADO DE UN VIAL. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1996.)

Hechos.—Asfaltado de un camino, vial de uso público, propiedad y posesión del Estado, por los propietarios de la urbanización colindante.

Doctrina de la Sentencia.—La operación de simple asfaltado del indicado vial no puede reputarse como una obra, en el sentido del artículo 361 del Código Civil, toda vez que no comporta atribución de derechos dominicales ni posesorios de clase alguna en favor de quien la hizo.

ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITO DE IDENTIFICACIÓN DE LA COSA. LEGITIMACIÓN REGISTRAL: LA PRESUNCIÓN DE EXACTITUD REGISTRAL NO ABARCA LOS LINDEROS. (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1996.)

Uno de los requisitos esenciales que condicionan inexcusablemente el éxito de toda acción reivindicatoria o declarativa de dominio es el de la identificación de la cosa reivindicada.

El dato de los límites o linderos físicos de la finca registral, dada su índole estrictamente fáctica, no se halla amparado por la presunción (de naturaleza *iuris tantum*) de exactitud registral que establece el artículo 38 LH.

INMATRICULACIONEN VIRTUD DE TITULO PUBLICO. VALOR DE LAS RESOLUCIONES DGRN. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL REGISTRADOR: NO ES EXIGIBLE CUANDO FALTA CULPA O NEGLIGENCIA. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1996.)

Hechos.—Acción de responsabilidad deducida contra el Registrador de la Propiedad que procedió a la inmatriculación de finca rústica, descrita en escritura pública que resultó falsa, resultando acreditado que dicha falsificación por sus características podía inducir fácilmente al error de tenerla por verdadera.

Doctrina de la Sentencia.—La redacción del artículo 298 RH parece que amplía el marco de los documentos que pueden inscribirse sin requisitos condicionantes, respecto de lo que dispone el artículo 205 LH. El doble texto ha sugerido distintas interpretaciones doctrinales. Mas no es dudoso, en principio, que el Registrador se encuentra compelido por lo dispuesto en el Reglamento, hasta el punto de que cuando una cuestión semejante se planteó ante la DGRN (R 24 de mayo de 1983) aquella que resolvió en favor de la dicción reglamentaria: «Considerando que con la finalidad de facilitar el acceso de la propiedad inmueble al Registro la reforma del RH de 1959 —al desarrollar el art. 205 de la Ley, acerca de la inmatriculación por título público de adquisición— estableció una serie de variados medios inmatriculadores en el artículo 298 del Reglamento, entre los que destaca el señalado en su número 1.º que permite practicar la inscripción de la finca siempre que el título público sea anterior en más de un año a la fecha en que se solicite la inscripción, aunque el derecho respectivo no conste en ningún otro documento, requisitos que ciertamente reúne la escritura calificada, por lo que puede procederse a inmatricular la finca objeto de la transmisión». Por supuesto que cabe discrepar de la Resolución y que incluso puede sostenerse que sea más acertado el criterio restrictivo, que acumula más garantías, pero estas diferencias que ofrecen materia de reflexión al legislador o que pueden suscitar un litigio acerca de la norma prevalente, en ningún caso precisamente por tratarse de una *vexata quaestio* motivan negligencia o falta de previsión o imprudencia, en definitiva, del Registrador.

En el caso litigioso no hay conducta negligente del Registrador, puesto que se actuó conforme a la Ley y el error en la percepción en la falsedad del documento presentado no se imputa al Registrador a título de culpa o imprevisión en atención a la probada verosimilitud de su apariencia.

Comentario.—*Vid.* el que realiza LARRONDO LIZÁRRAGA en el *Boletín de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 69, págs. 334 y sigs.

RETRACTO ARRENDATICIO URBANO: APLICABLE EN CASO DE SUBASTA JUDICIAL. (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—Sean cuales fueren las opiniones doctrinales sobre la adjudicación en subasta judicial, lo cierto es que el legislador la considera apta para dar lugar al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, equiparándola a la venta. Así lo hace el propio Código Civil desde su promulgación en el artículo 1.640, y la LAU, Texto Refundido de 24 de diciembre de

1964, en el artículo 33. La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo también ha reconocido reiteradamente, salvo con mínimas excepciones, que la adjudicación del objeto arrendado en pública subasta es un supuesto comprendido en los artículos 47 y 48 de esta última Ley, como no podría ser menos a la vista de lo preceptuado en el Código Civil y en la propia LAU de 1964.

Comentario.—Ciertamente, el Tribunal Supremo ha venido reconociendo por lo general la procedencia de derechos legales de adquisición preferente en las subastas judiciales. Así, Sentencias de 2 de marzo de 1959, 23 de enero de 1971, 21 de abril de 1975, 6 de mayo de 1991, 26 de mayo de 1992, 5 de julio de 1993, 30 de junio de 1994, dos de 11 de abril de 1995, respecto al retracto arrendaticio urbano, y 10 de abril de 1989, 9 de junio de 1990, en cuanto al rústico; Sentencias de 20 de febrero de 1995, 28 de febrero de 1989, 30 de octubre de 1990, 1 de julio de 1991, 11 de julio de 1992, 14 de julio de 1994, 8 de junio de 1995, tratándose del retracto de comuneros. Sin embargo, el criterio negativo fue adaptado en la Sentencia de 10 de febrero de 1993, que no admitió el retracto arrendaticio urbano ante la adjudicación a calidad de ceder y posterior cesión recaídas en juicio ejecutivo. En esta sentencia que comentamos, última sobre la materia, se permite su ejercicio en las adjudicaciones en subasta judicial, por lo que la más reciente posición del Alto Tribunal viene a conciliarse con la que había mantenido la DGRN en RR de 19 y 20 de noviembre de 1987 y 5 de noviembre de 1995.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS PRIVATIVOS. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1996.)

Hechos.—Obras efectuadas por el propietario de un local en las fachadas anterior y posterior del mismo, contra el acuerdo unánime de la comunidad.

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 7 LPH no consiente que un comunero se irrogue la facultad de decidir unilateralmente lo que le conviene a la comunidad; el precepto es taxativo en el sentido de que ha de respetar la «configuración o estado exteriores» del inmueble.

COMUNIDAD DE BIENES: DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1996.)

Hechos.—Acuerdo entre los copropietarios de un edificio respecto a la divisibilidad de la cosa común, las cuotas que han de corresponderles y el deseo de llegar a un consenso, el cual, sin embargo, no se alcanzó.

Doctrina de la Sentencia.—Según el artículo 1.058 del Código Civil, «si los herederos fueren mayores y tuvieran la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia (o hacer la división) de la manera que tengan por conveniente», estableciendo la jurisprudencia que tal supuesto constituye un acto equivalente a un contrato, lo que supone una voluntad concorde o una coincidencia en los querer de todos los intervinientes, no otros que los interesados, según el artículo 402 del Código Civil. Pero no cabe confundir el

concurso de la oferta y la aceptación (consentimiento) con los meros tratos preliminares, en los que aquéllos se manifiestan de manera condicional, sometiéndose a una serie de requisitos que si no se asumen por todos implican ruptura o falta de consenso.

A falta de acuerdo, la división se debe llevar a cabo en ejecución de sentencia, lo que no impediría que, para evitar los grandes gastos que ello conlleva (honorarios de contadores, partidores, peritos, etc.), llegasen las partes a un acuerdo (transacción). La referencia a arbitros o amigables componedores en estos supuestos de comunidad de bienes a liquidar no ha de regirse por la Ley de 22 de diciembre de 1953, forzosamente (hoy, Ley 36/1988, de 5 de diciembre), sino a voluntad de los interesados, pues el cometido de esos arbitros es fiel trasunto del que está confiado a los contadores partidores en la herencia, cuyas reglas de división o partición son subsidiariamente aplicables en estos casos, una vez agotadas las reglas específicas del Título III, Libro II del Código Civil, de suerte que se respeten los derechos de las partes de hacer la división de mutuo acuerdo y, en su defecto, hacer los nombramientos de arbitros o amigables componedores por el sistema de designación por cada parte y de un tercero dirimente en su caso nombrado por el Juez.

ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR. ACCIÓN DECLARATIVA DE SERVIDUMBRE: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR SOBRE EL PREDIO DOMINANTE. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1996.)

Hechos.—Determinadas habitaciones de las plantas superiores de una casa se hallan ubicadas dentro del vuelo del perímetro del solar contiguo e incrustadas en su edificio.

Doctrina de la Sentencia.—Una servidumbre no puede ser nunca por sí misma constitutiva de título de dominio, ya que entre los diferentes modos de adquirir la propiedad a que se contrae el artículo 609 del Código Civil no se encuentra el de la servidumbre.

Si no está probado el dominio de la persona que insta la declaración de la servidumbre sobre el predio dominante, mal puede existir una servidumbre proyectada desde dicho inexistente dominio, al precisarse la existencia de un predio dominante y otro sirviente pertenecientes uno y otro a diferentes propietarios.

ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITO DE IDENTIFICACIÓN DE LA COSA. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1996.)

La identificación es una cuestión de hecho cuya apreciación está atribuida a los tribunales de instancia.

ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR. TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITO DE BUENA FE. ADQUISICIÓN DE DOMINIO: TÍTULO Y MODO. EL RECONOCIMIENTO DE LA

PROPIEDAD NO ES TÍTULO HÁBIL PARA LA ADQUISICIÓN DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1996.)

La falta de justificación de dominio del actor impide la estimación de la acción declarativa de dominio.

La buena fe exigida por el artículo 34 LH debe existir en los adquirentes, que son los protegidos por el precepto. No basta en absoluto para destruir la buena fe del adquirente que un tercero se titule dueño del bien sin pruebas que *prima facie* apoyen su pretensión. Tampoco arguye nada contra la buena fe el hecho de que el precio de venta fuese inferior al de mercado, tratándose de una liquidación de bienes de una suspensión de pagos, ya que la experiencia dice que por necesidades de liquidez las operaciones no se suelen hacer a precios normales.

En nuestro sistema positivo, la propiedad se adquiere en virtud de lo dispuesto en el artículo 609 del Código Civil, por lo que se necesita un título hábil seguido de la tradición, y no lo es la simple declaración o reconocimiento que una persona efectúa de que otra es propietaria del bien, prescindiendo de los efectos que en orden a la prueba pueda desplegar aquella declaración, caso de que se niegue la existencia del negocio adquisitivo (título más tradición). Tal declaración no puede tener eficacia frente a los acreedores del declarante o adquirentes del mismo (art. 1.257 del Código Civil, aplicable a las declaraciones de voluntad que no sean contrato).

ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR. DIFERENCIAS CON LA ACCIÓN DE DESLINDE. LEGITIMACIÓN REGISTRAL: PRESUNCIÓN «IURIS TANTUM». (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1996.)

La acción reivindicatoria prospera al haberse acreditado el dominio del bien controvertido.

La acción reivindicatoria pretende constatar, en todo caso, el dominio del inmueble, mientras que la acción de deslinde únicamente podrá referirse a constatar la extensión real del objeto.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS, SU IMPUGNACIÓN Y REFLEJO EN EL LIBRO DE ACTAS. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1996.)

Es legal la convocatoria de Junta firmada por un número de propietarios superior al 25 por 100 y con indicación de los asuntos a tratar.

Cuando el actual presidente procede a la apertura de un nuevo libro de actas por negarse a entregar el existente el presidente anterior, éste no puede solicitar la nulidad del acuerdo reflejado con base en un incumplimiento legal del que él es el único responsable.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES Y PRIVATIVOS. (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1996.)

Ha de reflejarse este elenco de obras contempladas en los artículos 7 y 11 LPH:

1.º Obras permitidas a todo propietario: según el citado artículo 7, comprenden:

a) Las realizadas sobre el piso o elemento privativo de que sea titular, tanto se refieran a la modificación de sus elementos arquitectónicos —vgr., colocación de tabiques o cambio de los existentes; apertura o cierre de puertas, siempre que sean en el interior del piso—, o bien las referidas a instalaciones o servicios del mismo, esto es, supresión o adición de elementos indispensables para el uso del elemento privativo —electricidad, fontanería, etc.—. La procedencia de estas obras se supedita a que con las mismas no se «menoscabe o altere la seguridad del edificio» —o sea, no se perjudique, debilite o cambie su solidez, cimentación, paredes o muros maestros—, «su estructura general» —o composición o conjunto de lo edificado—, «su configuración o estado exteriores» —forma o aspecto que presenta en su conjunto, visto desde fuera—. Es preciso que aquellas obras permitidas tampoco perjudiquen los derechos de otro propietario (vgr., si se causan daños o molestias al colindante con las obras interiores —humedades, ruidos...—). En cualquier caso esta posibilidad requiere la formalidad de dar cuenta previamente de su ejecución al representante de la comunidad, exigencia que si se incumple no atrae automáticamente la inviabilidad de lo así ejecutado.

b) Las obras realizadas para «mantener en buen estado de conservación su propio piso e instalaciones privativas» en los términos de que habla el artículo 9 LPH, o sea, las clásicas obras de conservación o de actualización de buen estado del propio piso o aptas siempre que no perjudiquen a los demás ni a la propia comunidad; y en las que, en una versión de tolerancia, por razones explicables, es posible incluir aquéllas que, sin perjudicar a los otros o a la comunidad, supongan algún beneficio o satisfagan alguna necesidad al propietario ejecutor, o sea, que se realicen por causa justificada y no por mera arbitrariedad.

2.º Obras no permitidas a todo propietario: las anteriores siempre que no reflejen esas exigencias, así como las que se ejecuten «en el resto del inmueble» que impliquen su alteración (art. 7, pár. 2.º); o bien las que recaigan sobre las cosas comunes (art. 11); o incluso las reparaciones urgentes en el edificio (art. 7, pár. 2.º), sobre las que, además, tiene el propietario «deber de comunicarlo sin dilación al administrador». Tampoco puede ni siquiera exigir, y cuanto menos, ejecutar por su cuenta, obras consistentes en nuevas instalaciones, servicios o mejoras no requeridos por la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble «según su rango» (art. 10, pár. 1.º). Es llano que las obras no permitidas sólo podrán ejecutarse bajo el dictado u observancia de los artículos 10, 11, 13.3.º (sobre obras de mejora), 16, norma 1.ª o acatando las obligaciones impuestas en el artículo 9 LPH. Y tampoco puede ejecutar obras en su propio piso cuya finalidad sea la de «desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres».

La apertura de hueco en muro común para instalación de aparato de aire acondicionado en local privativo, con independencia de que afecte o no a la estructura o fábrica del edificio, altera la configuración de dicho muro y, por lo tanto, para su verificación se debían haber cumplido los requisitos que establece la LPH en sus artículos 7, párrafo 1.º y 11.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDO DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS PARA LA SUPRESIÓN DEL SERVICIO DE PORTERÍA. (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1996.)

La cuestión a dirimir se centra en la necesidad o no de acuerdo unánime de los copropietarios para la supresión del servicio de portería, entendiendo por tal el servicio prestado por una persona física que ejerza las funciones propias tradicionalmente de aquel servicio. No puede impedirse a la mayoría de los copropietarios que acuerden la supresión del servicio de portería y la sustitución por otro (conserjería, «portero eléctrico» o «vídeo-portero»), como acto de administración, aunque por supuesto no puedan sin ajustarse a la regla de unanimidad arrendar o vender las dependencias o vivienda del portero o dar cualquier otro destino a las mismas.

ACCIÓN DE DESLINDE: PRUEBA. (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1996.)

Como ya dijo la Sentencia de 4 de noviembre de 1961, «la inclusión de un mueble o de un inmueble en un catastro, amillaramiento o registro fiscal no pasa de constituir un indicio de que el objeto inscrito puede pertenecer a quien figura como titular de él en dicho registro, y lo mismo los recibos de pago de los correspondientes impuestos; y tal indicio, unido a otras pruebas, puede llevar al ánimo del juzgador al convencimiento de que, efectivamente, la propiedad pertenece a dicho titular; pero no puede constituir por sí sola un justificante de tal dominio, ya que tal tesis conduciría a convertir a los órganos administrativos encargados de ese registro en definidores del derecho de propiedad y haría inútil la existencia de los Tribunales de Justicia, cuya misión es precisamente la de declarar los derechos controvertidos». No teniendo, por tanto, dicho documento por sí solo fuerza probatoria sobre la titularidad del dominio, con mayor razón ha de afirmarse su ineficacia para acreditar la certeza de los datos físicos de la finca, como es el de su superficie.

COMUNIDAD DE BIENES: USO Y DISFRUTE DE LA COSA COMÚN. (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1996.)

La facultad que concede el artículo 394 del Código Civil sobre el servicio de las cosas comunes a cada partícipe se encuentra condicionada a que el servicio o uso sea conforme a su destino y no sea perjudicial al interés comunitario. Debe tenerse en cuenta la doctrina sentada en la Sentencia de 23 de marzo de 1991: «si bien el artículo 394 del Código Civil no condiciona el uso de la cosa común por cada condueño nada más que a que dicho uso no impida a los partícipes usarla según su derecho, lo que, en principio, implica un uso solidario y no en función de la cuota indivisa de cada uno, ello no puede entenderse de modo absoluto y para todo supuesto, sino que será siempre que lo permita la naturaleza de la cosa común, lo que no ocurre cuando se trata de una vivienda o chalet, pues el uso indiscriminado y promiscuo del mismo por todos los condueños, aunque sea con carácter temporal hasta que se lleve a cabo la disolución de la comunidad, supondría la creación de una fuente previsible de conflictos y discordias, que ninguna norma jurídica puede propiciar o fomentar».

ADQUISICIÓN DE DOMINIO: TÍTULO Y MODO. EL RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD NO ES TÍTULO HÁBIL PARA LA ADQUISICIÓN DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1996.)

El reconocimiento de propiedad es una declaración de voluntad mediante la cual se constata o fija la situación jurídica de aquél a quien va dirigido, y por sí mismo no es un título hábil para que este último adquiera la propiedad de acuerdo a los artículos 609 y 1.095 del Código Civil. Tal título reside en el negocio o acto jurídico sobre el que el reconocimiento actúa, no pudiendo por tanto generar otro acto o negocio jurídico distinto, no sólo porque la declaración recognoscitiva no entraña más que una declaración de creencia y no una declaración dirigida a la creación de ningún derecho real, sino porque, una vez revelado el origen de la adquisición de la propiedad, es éste y no otro el que puede invocar el propietario.

RETRACTO DE COMUNEROS: «DIES A QUO» PARA EL COMPUTO DEL PLAZO. (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1996.)

El conocimiento de la venta por el retrayente a que se refiere el artículo 1.524, párrafo 1.º del Código Civil ha de incluir todos los pactos y condiciones de la transmisión, para que en base a ellos puedan los interesados decidir si les conviene o no el ejercicio de la acción de retracto, sin que basten referencias a la venta, datos incompletos de sus condiciones o la mera noticia de la misma. Tanto dicho conocimiento como su extensión constituyen cuestiones de hecho sobre las que habrá de estarse a lo declarado por el Tribunal de instancia, salvo que prospere la impugnación por la vía adecuada. Sobre la fecha de la venta ha de estarse a lo alegado por el actor en su demanda, correspondiendo al demandado, con base en el artículo 1.214 del Código Civil, la prueba de un conocimiento de fecha anterior.

ACCIÓN CONTRADICTORIA DE DERECHOS INSCRITOS: CONLLEVA LA PETICIÓN DE NULIDAD O CANCELACIÓN DEL ASIENTO REGISTRAL. LA PETICIÓN EXPRESA DE NULIDAD O CANCELACIÓN DEL ASIENTO REGISTRAL NO MODIFICA LA LEGITIMACIÓN PASIVA DE SI DE AQUEL ASIENTO NO SURGEN DERECHOS A FAVOR DE TERCEROS. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1996.)

Hechos.—Acción reivindicatoria y declarativa de la cancelación registral del título de los poseedores de la finca.

Doctrina de la Sentencia.—La más reciente y consolidada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, matizando las consecuencias en la esfera del proceso del principio de legitimación registral, tiene declarado que, superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el párrafo 2.º del artículo 38 LH, que exigía el ejercicio previo o al menos coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado una acción contradicto-

ria del dominio que figura inscrito en nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta petición y no puede ser causa de que se deniegue la petición respecto a la titularidad dominical.

Por ello, en caso de que no se haya solicitado expresa y nominalmente la cancelación o nulidad de la inscripción contradictoria del dominio, la legitimación pasiva corresponde, única y exclusivamente, a las personas a quienes se atribuyen los actos posesorios perturbadores del dominio reivindicado y no parece lógico que, siendo así, la petición expresa de petición o nulidad de la inscripción haya de producir un plus en esa legitimación pasiva teniendo que demandar a quienes, sin ser poseedores o detentadores de la finca reivindicada, tuvieron intervención en la creación del título en cuya virtud se practicó aquella inscripción, pues en nada les va a afectar la resolución que se dicte, sobre todo, cuando como en el caso del pleito no surgen de la inscripción contradictoria derechos a favor de esos terceros no demandados.

COMUNIDAD DE BIENES: USO Y DISFRUTE DE LA COSA COMÚN. ADMINISTRACIÓN. (SENTENCIA DE 19 DE MARZO DE 1996.)

Poseído un inmueble común exclusivamente por algunos de los comuneros, sin beneficio a los demás, no puede negarse eficacia a un acuerdo mayoritario, que pretende acabar con tal anómala situación procesal y cambiar el destino del edificio. No puede desconocerse el derecho de los demás comuneros distintos de los poseedores exclusivos a servirse también de las cosas comunes de acuerdo a su destino (art. 394 del Código Civil), ni la eficacia que debe tener el acuerdo mayoritario para el mejor disfrute de la finca, si bien este acuerdo puede ser objeto de impugnación por los disidentes (art. 398 del Código Civil).

ACCESIÓN INVERTIDA: NO ES APLICABLE A LOS SUPUESTOS DE PLANTACIÓN O SIEMBRA. (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1996.)

El supuesto de accesión invertida o construcción extralimitada en el que la regla *superficies solo cedit* es sustituida por la de *accessorium sequitur principale* sólo juega en los casos de accesión inmobiliaria por edificación, no en los de plantación o siembra, ya que en éstos no se da la indivisibilidad que se produce en la edificación entre lo construido y el suelo sobre el que se construye, y dada la sinonimia existente entre los vocablos «construir», «fabricar», «edificar» y «hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería», significado que no es atribuible al término «plantación»; y en este sentido es de ver cómo todas las resoluciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo recaídas sobre esta materia están contemplando supuestos de edificación extralimitada; es claro que aquella razón de indivisibilidad entre el suelo propio, el ajeno invadido y lo construido sobre ellos no se da en el caso de la plantación, ya que la separación de ambos terrenos, el propio y el ajeno invadido, no implica en modo alguno la destrucción de la plantación que no puede considerarse a estos efectos como una unidad indivisible.

La construcción extralimitada supone una invasión en pequeña extensión de fundo ajeno, por lo que no puede incluirse una ocupación, como es el caso litigioso, de la total extensión de la finca.

USUFRUCTO: DISPONIBILIDAD. EXTINCIÓN POR MUERTE DEL USUFRUCTUARIO. COMUNIDAD DE BIENES: DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN. INDIVISIBILIDAD. (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1996.)

Conforme al artículo 480 del Código Civil, los contratos celebrados por el usufructuario se resuelven al finalizar el usufructo.

Al fallecimiento del usufructuario, conforme al artículo 513.1.º del Código Civil, se produce la extinción del usufructo.

La situación de comunidad dominical la concibe la Ley como transitoria y no definitiva, al reconocer a los cotitulares legítimos derechos para hacerla cesar mediante su división si es posible y, en otro caso, de no mediar acuerdo de adjudicación a uno de ellos indemnizando a los demás, mediante reparto entre ellos del precio obtenido en pública subasta, con intervención de licitadores extraños. La falta de acuerdo expresado entre los litigantes sobre la forma de división del objeto común, hace que proceda la venta en pública subasta, en aplicación del artículo 404 del Código Civil, pues la solución es análoga tanto se trate de indivisibilidad real o física, como jurídica.

La determinación de la indivisibilidad o desmerecimiento de la cosa por su división es *quaestio facti*, de la exclusiva apreciación de la sala sentenciadora, que sólo cabe impugnar con la demostración de error en la apreciación de la prueba, por la vía del artículo procesal 1.692 que, al haber sido suprimido, hay que entender por equivocada valoración judicial, con apoyo en precepto de ley que lo autorice.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: FIJACIÓN POR EL DEUDOR DE UN DOMICILIO PARA NOTIFICACIONES. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1996.)

Doctrina de la Sentencia.—La Ley autoriza a señalar al deudor el domicilio donde se le habrán de hacer las notificaciones y esta libertad de elección no impide que sea la propia sede del acreedor. Que ello pueda en algún supuesto ser imposición coactiva que permita advertir cualquier asomo de abuso, no es imaginable en el caso de autos, comprobado que la hipoteca no fue constituida por el actor, quien adquirió la finca ya gravada, y que había transcurrido tiempo suficiente para que el deudor hubiese modificado el domicilio (art. 130 LH).

Comentario.—En contra, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA considera que la fijación del domicilio de la entidad acreedora no es admisible ni, por tanto, inscribible, porque: se trata de un domicilio para requerir y notificar no sólo al deudor, sino también a sucesivos terceros poseedores; dada la finalidad de fijación de este domicilio, no puede ser el de la otra parte en el contrato, con intereses opuestos; y el párrafo 1.º del artículo 130 LH, al decir que lo «fijará el deudor», parece huir de cualquier influencia del acreedor en este punto.

ACCIÓN REIVINDICATORIA: NO CABE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO, SALVO PLURALIDAD DE ACREEDORES. REQUISITOS. SOBRE FINCA ADQUIRIDA EN SUBASTA JUDICIAL. (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1996.)

El litisconsorcio se da cuando la sentencia que recaiga en el pleito afecte inexcusablemente a personas no llamadas al mismo, y ello será sólo posible cuando con las no llamadas exista un vínculo tan normal y directo que no pueda emitirse el fallo sólo respecto de los demandados, dado el carácter de la relación jurídico-material controvertida, la cual exige una resolución uniforme e impide la decisión por separado, porque ésta, necesariamente, afectaría a los no demandados.

Tal situación no se da en el litigio, pues en caso de reivindicación se ejercita una acción real, y como ha dicho la Sala Primera del Tribunal Supremo, en esta clase de acciones no cabe apreciar litisconsorcio salvo, naturalmente, que la cosa reivindicada estuviera poseída o detentada por varios con o sin título.

La acción reivindicatoria exige acreditar el título de dominio, identificar la finca y demostrar que la cosa reclamada es poseída por el demandado sin título o con título de inferior categoría al que ostenta el actor. Se admite como título el auto judicial de adjudicación, que no fue seguido de entrega posesoria, a la que se aspira tras la estimación de la reivindicación.

E. M. A.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por ISABEL MORATILLA GALÁN

PÓLIZA DE SEGURO VOLUNTARIO DE AUTOMÓVILES Y OCUPANTES: EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. LA PRUEBA PERICIAL (SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Valencia, en Sentencia de 15 de enero de 1991, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.^a) en Sentencia de 8 de octubre de 1992, estima en parte el recurso de apelación.

Únicamente prospera el recurso de casación interpuesto por la Aseguradora.

Hechos.—Don Julián Heredero Padilla, conductor, detiene su camión al observar su defectuoso funcionamiento, después de levantar la cabina del vehículo comienza a examinar el motor, momento en el que cae la cabina sobre él causándole la muerte. El citado conductor conducía el vehículo como empleado. El propietario del camión tenía concertada con la entidad aseguradora recurrente una «póliza de seguro voluntario de automóviles y ocupantes», sobre el citado camión. Para justificar la condena de la entidad aseguradora al pago de la cantidad que fija en su parte dispositiva, dice la sentencia recurrida que, «probado por la parte, acota la existencia de un contrato de seguro de automóviles y ocupantes que amparaba el vehículo productor del resultado lesivo, y no acreditando la demandada sus limitaciones, tanto al objeto del seguro como al importe de las indemnizaciones, procede, como

hace el Juzgador de instancia, condenarle solidariamente al pago de las cantidades que se establezcan».

Doctrina de la Sentencia.—La Sala no puede compartir las conclusiones a que llega la Sala sentenciadora de instancia en su labor interpretativa de las relaciones contractuales que ligaban a la aseguradora recurrente con el propietario del vehículo; el hecho de que en un solo documento se plasmen las condiciones particulares de la «póliza de seguro voluntario de automóviles y ocupantes», no implica existencia de un solo contrato de seguro, sin que nos encontremos ante dos contratos de seguro, de distinta naturaleza:

— De un lado, un contrato de responsabilidad civil regulado en el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro y que tiene por objeto asegurar las indemnizaciones a terceros por los daños y perjuicios por hechos nacidos de la circulación del vehículo asegurado y que requiere, para que surja la obligación de indemnizar de la aseguradora, la previa declaración de la responsabilidad civil de asegurado.

— De otro lado, un seguro de ocupantes, modalidad del seguro de accidentes, regulado en los artículos 100 y siguientes de la citada Ley, y que obedece a una finalidad y principios rectores distintos de los que rigen el seguro de accidentes, ocurrido el evento asegurado, la entidad aseguradora viene obligada al pago de la indemnización pactada sin que tal obligación dependa de una previa declaración de responsabilidad del tomador del seguro, como ocurre en los seguros de responsabilidad civil, ello aún cuando, como ocurre en esta modalidad de seguro de accidentes en que consiste el de ocupantes, el tomador del seguro sea distinto del asegurado. De la póliza aparecen claramente delimitadas las garantías a que se obligaba la entidad aseguradora por cada uno de los citados contratos de seguro.

El seguro de responsabilidad civil no presta cobertura al siniestro producido, ya que no se trata de daños causados por un hecho de la circulación y estar excluidos del seguro los causados al conductor del vehículo asegurado. Se produce, según se analiza en el desarrollo de la sentencia, un abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción, se dice que hay exceso por cuanto se estima concurrencia de culpa del fallecido sin que tal cuestión haya sido planteada por las partes y hay defecto porque la sentencia recurrida ha tenido sólo en cuenta las pruebas periciales y no la de inspección ocular practicada para mejor proveer en la primera instancia.

Se critica la sentencia recurrida en cuanto en ella no se recoge la prueba de reconocimiento judicial practicada en la primera instancia apelada, apoyándose la aquí recurrida en los informes periciales. El recurrente enfrenta las sentencias de primera y segunda instancia decantándose por aquélla al serle más favorable y pretendiendo que este Tribunal se pronuncie en ese mismo sentido. Pues, la valoración probatoria del Tribunal *a quo* no está sujeta a exigencias normativas de tener que prestar ni mayor, ni menor, ni igual atención y consideración a determinados medios de prueba, y no se han infringido por la Sala *a quo* norma de valoración probatoria alguna. «La ponderación de la prueba de reconocimiento judicial no está sujeta en nuestro ordenamiento positivo a reglas jurídicas y en cuanto a la prueba pericial es reiterada la doctrina de la Sala de que la prueba de peritos es de libre apreciación por los Tribunales de instancia».

LA CUESTIÓN LITIGIOSA SE CENTRA EN DETERMINAR QUE CANTIDADES VIENE OBLIGADA A PAGAR LA ARRENDATARIA. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de San Sebastián, en Sentencia de 30 de enero de 1992, estima la demanda. La Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección 1.ª) en Sentencia de 9 de noviembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Formulado el título mencionado al comenzar el comentario de la sentencia que nos ocupa, nos debemos preguntar si se deben incluir otras cantidades que se hacen figurar en los recibos aportados y que fueron aceptadas por la entidad demandada en virtud de un pacto verbal. Pues bien, así planteada la cuestión litigiosa es sabido que la presunción consta de un doble elemento, el hecho base y el hecho consecuencia entre los cuales ha de existir «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano». La jurisprudencia de la Sala estableció que el hecho base de la presunción había de impugnarse en casación por el cauce procesal del error de hecho en la apreciación de la prueba, el hecho base de la presunción sólo podrá ser combatido por error de derecho en la valoración de la prueba con cita de los preceptos legales que contengan normas valorativas de prueba que se consideren infringidos. Por otra parte, si bien en la sentencia de primera instancia se acude expresamente a la prueba de presunciones, la Sala de instancia establece la obligación de pago que impone a la recurrente a través del «análisis de toda la prueba disponible», lo que implica una valoración conjunta de la prueba y no el recurso a la prueba de presunciones para tener por probados los hechos controvertidos.

El artículo 1.214 del Código Civil no contiene norma valorativa de prueba y sólo puede alegado en casación cuando se acuse al Juez de haber alterado indebidamente el *onus probandi*, invirtiendo la carga que a la parte corresponde, pero el principio de distribución de la carga no se altera por aquél si se realiza una apreciación de la aportada por cada parte y valora en conjunto su resultado, y, por supuesto, ese artículo no permite ser utilizado para desvirtuar y dejar sin efecto la función probatoria llevada a cabo por el Juzgador y plasmada en los hechos que estime acreditados, los que sólo pueden ser criticados por la vía del error de derecho. La Sala *a quo* hace aquí una valoración conjunta de las pruebas aportadas a los autos, con cita expresa de algunas de ellas, por lo que no puede imputársele infracción del artículo 1.214 citado que sólo se da cuando, ante la ausencia total de prueba respecto a un determinado hecho, se hacen recaer sus consecuencias sobre la parte que no venía obligada a esa actividad probatoria, lo que no ocurre en nuestro caso.

En ningún momento la sentencia recurrida declara que el contrato de arrendamiento vigente entre las partes estaba sometido a Ley especial ni ello puede deducirse de su contexto.

La sentencia *a quo* aplicó correctamente el principio del vencimiento objetivo.

RESPONSABILIDAD POR CULPA EXTRA CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Badajoz, en Sentencia de 6 de febrero de 1992, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Badajoz, en Sentencia de 9 de junio de 1992, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Se procede a la indemnización de los daños y perjuicios consecuencia de las lesiones sufridas por persona al caer desde la planta sexta del edificio en que aquélla estaba construyendo el montacargas destinado al transporte vertical de materiales.

Doctrina de la Sentencia.—En la presente litis se achaca a la sentencia de instancia no contener declaración de la pretensión de la demanda formulada en el suplico de la misma sobre la condena solidaria de los demandados, y se utiliza el singular argumento de que «en efecto, el suplico de la demanda no se realiza en forma alternativa para el caso de ser uno sólo el condenado, efectuándose una sola pretensión y ésta consiste en que se declare la condena solidaria de todos los demandados. La Sala no entiende cómo siendo condenado uno sólo de los codemandados, puede establecerse una condena solidaria que exige al menos dos condenados por los mismos hechos.

Adolece la misma de falta nexo-causal entre la conducta y el resultado lesivo producido, pues la relación de causalidad es uno de los requisitos que configuran la responsabilidad por culpa extracontractual; por otro lado, se alega culpa exclusiva de la víctima en la producción del resultado y se acusa a la sentencia de no establecer la responsabilidad del arquitecto y aparejador demandados. En estas alegaciones no se respetan los hechos declarados probados en la sentencia recurrida y a través de las que la sociedad recurrente se dedica a hacer una nueva valoración de las pruebas aportadas, tratando de sustituir la valoración que hace el Juzgador de instancia y ello mediante la invocación de preceptos sustantivos no comprensivos de normas valorativas de prueba, lo que no es admisible en casación. El nexo causal entre el daño o perjuicio y el hecho que lo originó, no es otro que un defecto de fabricación del montacargas no imputable a la recurrente, sin que en ningún momento se invoque la culpa exclusiva de la víctima.

EL RECURSO DE REVISIÓN. (SENTENCIA DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Albacete, en Sentencia de 23 de enero de 1992, estima la demanda.

El recurso de revisión interpuesto también es estimado.

Hechos.—Desconocido el domicilio de los demandados, se solicita se les emplaze por edictos, y al no poderse personar en el proceso, por desconocimiento del mismo, son declarados en rebeldía, y cuando ya se ha dictado sentencia se averigua cuál es el domicilio de los mismos.

Doctrina de la Sentencia.—Es reiterada doctrina de esta Sala la de que entraña maquinación fraudulenta toda actividad de la parte actora encaminada a dificultar, disimular u ocultar al demandado el planteamiento del litigio, obstaculizando mediante ardides su defensa y constituyendo la forma más frecuentemente empleada la afirmación de desconocer el domicilio del de-

mandado, provocando, con ello, un emplazamiento edictal, a fin de que se sustancie el juicio en rebeldía del aludido demandado, cuando el empleo de una mínima diligencia por parte del actor le hubiera permitido conocer con exactitud el verdadero domicilio de la persona a la que dice demandar.

SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL RESPONSABILIDAD EN CASO DE CONCURRENCIA DE CULPA. (SENTENCIA DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de León, en Sentencia de 10 de enero de 1992, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de León (Sección 2.ª), en Sentencia de 23 de noviembre de 1992, admite en parte el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—En virtud de contrato una empresa venía prestando servicios de transporte de mineral en el yacimiento minero de sílice, a cielo abierto. Estos servicios los prestaba por medio de camión de su propiedad. Así las cosas, un determinado día, el referido camión conducido por un trabajador-conductor de la aludida empresa, circulaba, en circuito cerrado, por una recta en la pista o banco más elevado del yacimiento, yendo cargado de mineral, que transportaba de un lugar a otro en el interior del referido yacimiento, haciéndolo por el lado más próximo al borde exterior de la expresada pista cuando cedió el terreno del aludido borde exterior, despeñándose por allí el camión como unos nueve metros, cayendo en otra pista o banco de más abajo, en la cual rebotó, y se despeñó otros seis metros de altura para ir a caer, definitivamente, en una tercera pista o banco inferior. Como consecuencia de ello, falleció el conductor.

Doctrina de la Sentencia.—En el caso que nos ocupa se pide condena de carácter solidario. Con base en todo ello, la referida sentencia aquí recurrida llega a la conclusión de que la declarada concurrencia de culpa no puede graduarse en un 50 por 100, como hace la de primera instancia, «sino en la relación (dice textualmente) de cuatro a uno de cada cinco, como máximo». Lo que la sentencia recurrida ha querido decir es que la culpa de la demandada entidad mercantil propietaria del yacimiento minero ha de graduarse en grado mayor y la concurrente del infortunado conductor del camión en otro menor.

En el presente supuesto litigioso falta uno de los requisitos que condicionan la responsabilidad a que dicho precepto se refiere, que es el de la culpa, la cual, según dice, no existió por parte de la demandada entidad propietaria del yacimiento minero, sino que la producción del accidente, viene a decir la recurrente, fue debida únicamente a la imprudencia o negligencia del conductor del camión, el cual debió haberse parado, cuando las ruedas del camión se salieron de las roderas o rodaduras habituales, y haber pedido que otros operarios acudieran en su auxilio y, con maquinaria adecuada para ello, se hubiera retornado el vehículo a su posición habitual. No obstante, lo acabado de decir, se declaró probado que la pista por la que circulaba el camión accidentado no se hallaba en buen estado de conservación, al no haber su propietaria sometido a la necesaria y exigible inspección técnica los tajos y pistas del yacimiento para conservar en adecuado estado de seguridad esas

rudimentarias y peligrosas vías de circulación, cuyos hechos probados, al no haber sido desvirtuados por medio impugnatorio adecuado para ello, han de mantenerse invariables. La culpabilidad constituye una estricta *quaestio iuris* y los hechos que la motivan evidencian en la producción del luctuoso resultado, que medió una patente conducta culposa por parte de la demandada entidad propietaria del yacimiento minero, lo que no excluye que también hubiera una concurrencia de culpa por parte del infortunado conductor del camión, como también aprecia la sentencia recurrida.

Es doctrina de la Sala la de que, en principio, es facultad de la Sala de instancia, no revisable en casación, la determinación de los respectivos grados de responsabilidad en caso de concurrencia de culpa por parte de la víctima y la fijación del *quantum* indemnizatorio al realizar la moderación de la responsabilidad del agente, por razón de dicha concurrencia de culpa. Esta Sala considera proporcionada y ajustada a la realidad de lo ocurrido la fijación que la Sala *a quo* ha hecho de la culpa concurrente por parte del conductor del camión, ya que es mucho mayor la culpabilidad de la entidad propietaria del yacimiento minero al no tener en adecuado estado de conservación y seguridad la peligrosa pista por la que había de circular el referido vehículo.

CULPA MEDICA. (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 29 de Barcelona, en Sentencia de 27 de diciembre de 1990, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13.^a), en Sentencia de 5 de noviembre de 1992, desestima del recurso de apelación.

El recurso de casación no ha lugar.

A lo largo de la presente litis se sostiene que se da concurrencia de error de derecho en la apreciación o calificación de los requisitos para la exigencia de responsabilidades médicas, al acusar a la sentencia recurrida de decretar que el actor no probó suficientemente la convergencia del actuar negligente que imputa al médico demandado y la necesaria relación causal con el daño consistente en las graves secuelas que le afectan. Ha de partirse, y así lo reconoce el actor del pleito, que padecía lesiones neurológicas graves, afectándole enfermedad en progreso y degenerativa, a la que se trató en lo posible de remediar en su avance y deterioro físico con la operación quirúrgica a la que se le sometió y que fue practicada con la corrección técnica precisa, en acomodo a los progresos que la ciencia médica permitían en aquellos momentos. Resulta acreditado que el cirujano consiguió con la operación que practicó al paciente evitar y detener la progresión de la enfermedad que padecía y si bien la operación se retrasó dos años, fue por la propia voluntad del enfermo, lo que repercutió en la agravación de la enfermedad, por lo que aquélla se hizo del todo necesaria e inevitable al haber fracasado el tratamiento seguido. Las consecuencias posteriores se debieron a causa que no trae consecuencia de la operación practicada.

El artículo 1.902 del Código Civil atribuye al actor la carga de la prueba de los tres requisitos determinantes de culpa extracontractual, es decir, de concurrir culpa o negligencia, en este caso profesional-médica. Pues bien, en este supuesto sólo resulta acreditado el daño.

Reiteradamente ha dicho esta Sala que la obligación del profesional sanitario no lo es de resultados, sino DE MEDIOS, pues no contrae deber de curación del enfermo, como si fuera algo a su alcance, sino procurar, sin omisiones, fisuras ni justificaciones sin causa, aplicar todos los medios que el avance de la medicina pone a su alcance para la mejora de la salud. Cuestión distinta sería que conociendo perfectamente que la operación iba a agravar al recurrente hubiera no obstante afrontado la misma, bien por experimentar o por ánimo de producir voluntariamente un daño aumentando así el riesgo de enfermedad al crear otro más intenso que no se da en nuestro caso. Se rechaza la aplicación de la culpa objetiva. Y hemos de concluir diciendo que no se da responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer relación de causalidad culposa.

CUANTÍA DE LA INDEMNIZACIONA QUE PUEDE SER ACREEDOR UN TERCERO PERJUDICADO. (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de Salamanca, en Sentencia de 2 de septiembre de 1992, estima en parte la demanda. La Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Salamanca, en Sentencia de 16 de noviembre de 1992, estima en parte el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación en parte.

Hechos.—Sobre reclamación de los daños producidos en bar a consecuencia del incendio producido por una actividad profesional. El incendio aconteció cuando el demandado trabajaba en la colocación de plaquetas de un material de PVC en el suelo del local, cuyo trabajo había encargado el actor, porque el demandado daba forma a las baldosas calentándolas con un soplete de gas (de color azul), por lo que se inició una fuerte ignición propagándose el incendio a las dependencias del actor.

Doctrina de la Sentencia.—En la presente litis se denuncia la infracción de los artículos 38 y 20 de la Ley de Contrato de Seguro, tratando de discrepar de la condena adicional que se hace por la Sala sentenciadora del recargo del 20 por 100, ya que en definitiva la actitud de la aseguradora responde a una lógica defensa de sus intereses, habida cuenta las circunstancias de su siniestro; haciéndose constar que «en el caso que nos ocupa, y limitándonos a la cuantía de la indemnización, la mandante no tiene datos para conocer la indemnización a que pueda ser acreedor un tercero perjudicado, pues ninguna relación tiene con él. Es más, ni siquiera está determinada en el momento presente la totalidad de la indemnización debida, puesto que el Juez de Primera Instancia no concedió cantidad alguna para la partida correspondiente a lucro cesante; y la Audiencia ha dejado su concreta cuantificación para ejecución de sentencia, lo que no se ha realizado en el momento de interposición del recurso. Existe además otra justificación cumplida y razonable para que la mandante no pagara la indemnización en el plazo de tres meses, y es que no estaba claro que, por el tenor de la póliza y las circunstancias concurrentes en el momento del siniestro, debiera responder de sus consecuencias dañosas...», en realidad entre las partes contendientes —aseguradora y el perjudicado— latía desde el sinies-

tro la lógica diferencia de si el mismo estaba dentro de la cobertura de la póliza, porque en su propia literalidad sólo cubría las responsabilidades en que hubiera incurrido el asegurado en su estricta actividad de pintor-decorador, por lo que es lógico que al haberse producido el evento al desplegar su hacer profesional al colocar las plaquetas, por la propia aseguradora se decidiese en una razonable defensa de sus intereses que, en principio, no estaba cubierto el mismo, por lo cual entra ello dentro de las excepciones condenatorias del recargo a que se contrae el entonces vigente artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, pues en Sentencias como la de 27 de octubre de 1995, se decía: «...la aplicación de las consecuencias del invocado artículo 20 sólo podrá exigirse cuando el impago obedezca a causa no justificada o que le fuere imputable al asegurador, doctrina que deriva de la indicada sentencia, con la que sintonizan, entre otras, las de fechas 3 de junio de 1991 y 28 de octubre de 1991, 11 de mayo de 1994 y 4 de septiembre de 1995, en la que se repite que cuando se trate de causa justificada o no imputable, no cabe ese elemento de reprobabilidad determinante del recargo correspondiente, y se establezca que habida cuenta las circunstancias concurrentes en el hecho del siniestro o bien, tanto por lo que respecto a la actitud del asegurado o, incluso, a la propia cobertura de la póliza, en definitiva, concurre una controversia que ha de resolver si efectivamente por parte de la aseguradora ha existido o no responsabilidad para su cobertura, es evidente que hasta que ello no se constate, no podrá indicarse que acontezca la mora del asegurador y el efecto agravatorio del recargo...»), por lo cual, y actuando a tenor del artículo 1.715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se resuelve dejando sin efecto exclusivamente la sentencia recurrida en cuanto que no cabe la imposición del recargo del 20 por 100 a la recurrente, con los demás efectos derivados.

RECLAMACIÓN DE CANTIDAD. (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de Bilbao, en Sentencia de 4 de septiembre de 1991, acoge la excepción de falta de legitimación pasiva de la demandada y desestima la reconvencción. La Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 1.^a), en Sentencia de 15 de octubre de 1992, estima parcialmente el recurso de apelación.

No ha lugar al recurso de casación.

Hechos.—La reclamación tiene por objeto el resarcimiento de daños y perjuicios por hechos contemplados en autos y que se originan como consecuencia de irregularidades económicas de las entidades actoras y de otras. Se solicita la condena solidaria de los demandados.

Doctrina de la Sentencia.—En la sentencia que ahora se analiza la Sala procede a estimar parcialmente la demanda respecto de las cantidades reclamadas al no haberse probado por los demandados el hecho obtativo de la pretensión actora, pues se comparte el criterio del Juzgador de instancia en cuanto a que no están suficientemente acreditados los otros conceptos reclamados por el actor como disposiciones de fondos societarios a su favor y disposiciones efectuadas al margen del control societario en general.

En continua línea a lo acabado de decir hemos de añadir que en casación no es admisible hacer puntualizaciones sobre la sentencia recaída en primera instancia, pues la sometida a revisión es la dictada en la alzada, por más que ésta, en el presente caso, comparta el criterio del Juez *ad quem* respecto a que «no están suficientemente acreditados los otros conceptos reclamados por el actor», ya aludidos, ni admisible, tampoco, intentar convertir la casación en una tercera instancia, dicha inadmisibilidad se hace aún más patente cuando la reforma introducida por la Ley 10/92, de 30 de abril, suprimió el motivo del error en la apreciación probatoria, que es lo pretendido, realmente al parecer, con el examen del resultado de diligencias y actuaciones penales, con olvido de que no llegaron a la fase del plenario, y de elementos probatorios del presente procedimiento, con el supuesto propósito de contraponer el criterio personal de la entidad recurrente al del Tribunal *a quo*. Por otro lado, el artículo 1.214 del Código Civil, que dispone que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que las opone NO CONTIENE, a tenor de consolidada doctrina de la Sala, norma valorativa de prueba y sólo puede ser alegado en casación cuando se acusa al Juzgador de haber alterado indebidamente el *onus probandi*, alteración que no se produce cuando se realiza una apreciación de la prueba aportada por las partes y se valora luego en conjunto su resultado, que es lo que efectivamente ha ocurrido en el caso de autos, y en este aspecto, está fuera de toda duda que correspondía a la entidad recurrente la probanza de la disposición de las sumas reclamadas, así pues, las precedentes reflexiones no permiten entender que el precepto de referencia haya sido infringido.

SEGURO OBLIGATORIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santa Cruz de Tenerife, en Sentencia de 24 de julio de 1991, estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3.ª), en Sentencia de 7 de octubre de 1992, estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación triunfa.

Hechos.—Reclamación de cantidad por las lesiones, gastos y secuelas sufridas en accidente de circulación cuando colisionó la motocicleta en la que la persona que sufre los daños iba de acompañante, con un vehículo.

Doctrina de la Sentencia.—Es evidente en el caso de autos que entre el perjudicado (la actora o acompañante del motorista) y los asegurados responsables en caso alguno, pueden considerarse incursos dentro de una relación negocial o contractual alguna; y es que en materia de Responsabilidad Civil, sobre todo, si se atiende a la tutela de la víctima o del perjudicado por el ilícito del responsable, las diferencias más sobresalientes según la especie o el marco ordenador radican, simplemente, en la exigencia o no y (hasta según se evalúe su acaecimiento), de la culpa o grado de voluntariedad en el suceso de ese responsable, de tal forma que, bajo esa óptica, y si se conexiona la responsabilidad civil en general —tanto contractual como extracontractual— con la derivada del uso de vehículos de motor, se observa que, así como en la general se mantiene ese elemento culpabilístico con una progresiva atenúa-

ción que se acentúa en la aquiliana del artículo 1.902 del Código Civil, en la específica derivada de la circulación vial y, en especial, en cuanto en el siniestro se acredite la no exclusiva culpabilidad del damnificado o, literalmente no se responde sino cuando se prueba que el hecho fuera debido a culpa o negligencia del perjudicado lo que significa, sin más, en el encaje diferenciador planteado, es que también se presume esa culpa salvo prueba de tal exclusividad, lo que, en algún extremo, y sin ignorar que la creación jurisprudencial de la inversión de la carga de la prueba en la aquiliana responsabilidad objetiva, en los eventos en los que descartada esa culpa única de la víctima y pese a no concurrir la del conductor, éste responde igualmente en un maximalismo de protección a la víctima; sobre daños corporales la obligación de indemnizar existirá salvo que se demuestre que los daños han sido debidos únicamente a culpa o negligencia del perjudicado, mientras que cuando se trata de daños materiales esa indemnización procederá cuando resulte civilmente responsable el asegurado. Aplicada esta teoría al caso de autos, es obvio, que la recurrente en caso alguno, ni fue la exclusiva culpable, ni se ha acreditado la inexistencia de esa culpa en los conductores participantes de la colisión.

Según se deriva del escrito de conclusiones de la recurrente, la acción entablada no ha sido la de responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana del artículo 1.902 del Código Civil, que en consecuencia, según esa sentencia, puede reclamarse por la actora a las entidades aseguradoras de los vehículos implicados y únicamente hasta la cobertura correspondientes del Seguro Obligatorio, teniendo que apoyarse la pretensión en el artículo 1.902 cuando se quiera dirigir la acción contra el conductor del vehículo causante del siniestro o contra la entidad aseguradora del mismo, por cuantía superior a la cubierta por el citado Seguro Obligatorio. La recurrente ejercita la acción directa prevista en el artículo 4 del Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, en súplica de las reclamaciones del seguro obligatorio, pero también ejercita otra acción para ser indemnizada en cuanto al exceso no cubierto por dicho seguro obligatorio.

En nuestro caso no se cuestiona que las aseguradoras codemandadas lo son con base al seguro de responsabilidad civil. La única cobertura que tenía el vehículo con el que colisionó la moto en que circulaba la parte recurrente era la correspondiente al seguro obligatorio de responsabilidad civil. Además, en la demanda se hace constar que el amparo de la acción se incardina en el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley citada, así como también conforme al artículo 4 del mismo Texto, pero seguidamente en la citada demanda se inserta jurisprudencia de este Tribunal, en donde se analiza el juego conjunto de la responsabilidad derivada del artículo 1.902 del Código Civil y se afirma que esa doctrina se sintetiza y se acoge por el artículo 76 de la Ley 50/80, de 8 de octubre, reguladora del Contrato de Seguro, al disponer que en los seguros de responsabilidad civil el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra las aseguradoras, por lo que, sin lugar a dudas, es esa la acción ejercitada, ya que la demanda se dirige contra ambas aseguradoras, igualmente, se alude a la normativa del artículo 1.106 del Código Civil, en cuanto a los conceptos que integran la indemnización de los daños y perjuicios. Ese ejercicio de la acción directa del artículo 76 debe conjugarse con el referido artículo 4 en cuanto establece que «para exigir el cumplimiento de las obligaciones de indemnizar, el perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador del vehículo que ha producido el daño, hasta el límite del

Seguro Obligatorio, sin perjuicio de las demás acciones que le correspondan», reserva que habrá de cohonestarse con el repetido artículo 76 de la Ley General del Seguro Privado. Se habla del Seguro de Responsabilidad Civil, formulándose su contenido en base a su artículo 73 en donde se establece que por «el Seguro de Responsabilidad Civil, el asegurador se obliga dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero de los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato, de cuyas consecuencias sea responsable el asegurado conforme a derecho».

ACCIÓN EJERCITADA EN LA PÓLIZA DE SEGURO MARÍTIMO DE MERCANCÍAS. INFRACCIÓN DEL ARTICULO 1.288 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Jaén, en Sentencia de 22 de junio de 1992, desestima las excepciones opuestas. La Audiencia Provincial de Jaén, en Sentencia de 22 de diciembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Indemnización de daños sufridos por una partida de trigo adquirida por la actora durante su recorrido por barco.

Doctrina de la Sentencia.—Hemos de comenzar en este análisis diciendo que en su escrito de contestación a la demanda, la Aseguradora demandada opuso la excepción de caducidad alegando que la mercancía se termina de descargar el 8 de enero de 1990, y la demanda tiene fecha de 15 de mayo de 1991, es decir, se alega infracción del artículo 1.288 del Código Civil, como ya citábamos en el título de la Sala *a quo* al interpretar la condición general 26 de la póliza suscrita, pues de una fecha a otra mencionadas pasaron los nueve meses a que la condición alude y que literalmente decía así: «en caso de siniestro, avería o daño, el asegurado queda obligado, bajo pena de pérdida de sus derechos, a cumplir lo dispuesto en el Código de Comercio y justificar su reclamación, acompañando los documentos que prescribe dicho Código y los demás, evidentemente necesarios para hacer prueba dentro de los términos de seis meses para los viajes por Europa y puertos de Marruecos, y de nueve para los demás, contándose esos plazos a partir de la llegada del buque porteador a su destino. Si no hubiese llegado el buque se contará desde la fecha de salida del último puerto de escala o arribada o del de origen en defecto de toda situación».

La consecuencia de la caducidad de la acción es grave, fijando en concreto la documentación que se exige, haciendo necesaria la aplicación del tan aludido artículo 1.288 del Código Civil. Pero, en realidad, la sentencia recurrida hace una incorrecta aplicación de dicho precepto, pues éste establece que la interpretación más favorable al asegurado no era otra sino la de limitar los documentos que debían acompañar a su reclamación, artículo 769 del Código de Comercio. En nuestro caso no se trata de que la Aseguradora hubiese acompañado en su reclamación una documentación justificativa insuficiente o incompleta, sino que en ningún caso remitió a la Aseguradora documentación alguna en apoyo de su reclamación. De todo ello se pone de manifiesto

que se ha producido la CADUCIDAD DE LA ACCIÓN al haber transcurrido el plazo de nueve meses pactado sin que la Aseguradora formulase su reclamación extrajudicial frente a la entidad asegurada con los requisitos marcados por la póliza en su condición general 26 citada, pues no debemos olvidar que la eficacia de la reclamación estaba condicionada a la aportación de los documentos justificativos de la misma, como garantía del interés de la Aseguradora no soportar reclamaciones carentes de fundamento y de su derecho, en caso de pagar la indemnización, a dirigirse frente a terceros causantes del daño a quienes sólo podría reclamar en caso de haber indemnizado un daño acreditado, tal como establece el artículo 769 del Código de Comercio, al que también hemos hecho ya alusión.

Por otro lado, y en lo que se refiere al artículo 738 del Código de Comercio, se regula en él el contenido necesario de las *pólizas de seguro marítimo*, se consagra el principio de libertad de pacto por virtud del cual asegurador y asegurado pueden establecer en la póliza las condiciones que estimen pertinentes en orden a las reclamaciones procedentes del contrato de seguro —artículo 769 del Código de Comercio—, en tanto que dicha justificación se configura como una garantía eficaz para el interés legítimo del asegurador que no se haya obligado a pagar la indemnización sino cuando hubiera justificado la realidad de la pérdida de los efectos asegurados. Visto todo lo anterior está fundado el *rechazo* de la caducidad excepcionada en la oscuridad de los términos en que se expresa la exigencia de justificación de las reclamaciones extrajudiciales a las que, como dice el Juzgado de Primera Instancia, se refiere el artículo 26 de la Póliza y que consiste en el acompañamiento de «los demás documentos, evidentemente necesarios para hacer prueba» y no puede afirmarse, como los dos Juzgados hacen, que esos términos estén afectados de oscuridad tal que impida llegar a determinar cuál fue la intención de las partes al establecer la cláusula citada; podrá hablarse de una indeterminación en cuanto a esos otros documentos «los demás, evidentemente necesarios para hacer prueba» al ser factible la citación de todos aquéllos que tuviesen eficacia probatoria para justificar la reclamación realizada por el asegurado.

CUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE COMPRAVENTA O SUBSIDIARIA INDEMNIZACIÓN. LA PRUEBA DE LA CONFESIÓN. (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 18 de Madrid, en Sentencia de 8 de noviembre de 1990, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.^a), en Sentencia de 27 de octubre de 1992, estima parcialmente el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Hechos.—Don Jesús Gil Gil y don Manuel Marrón Fuentes forman la sociedad mercantil denominada «Consulting Inmobiliario Gilmar, S. A.», dichos señores actúan con el nombre comercial «Consulting Inmobiliario Gilmar». Ambos socios tienen a don José Luis Sierra Sánchez al frente de la oficina de «Consulting Inmobiliario Gilmar», quien actúa como Agente de la Propiedad Inmobiliaria. En la mayoría de los casos «Consulting Inmobiliario Gilmar, S. A.» y sus socios están detrás de «Consulting Inmobiliario Gilmar», si bien a veces «Consulting Inmobiliario Gilmar» no utiliza los servicios de la socie-

dad y don José Luis Sierra Sánchez actúa en la organización como Asesor Jurídico además de ceder a la sociedad su título como Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

Doctrina de la Sentencia.—En el presente litigio está documentalmente probado que el *objeto social* de dicha sociedad es, entre otros, «comprar y vender, y en general, adquirir o enajenar por cualquier medio, así como administrar toda clase de solares, fincas rústicas y urbanas, locales comerciales, naves industriales y viviendas, ya sea por unidades independientes o por edificios». Pues bien, la sentencia recurrida no hace mención a tales circunstancias y debió tener en cuenta los documentos públicos, que según el artículo 1.218 del Real Decreto hacen prueba aún contra terceros, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. Tampoco toma en consideración certificaciones expedidas por el Registro de la Propiedad Industrial de Madrid, que en relación con el nombre comercial «Consulting Inmobiliario Gilmar, S. A.», pone en evidencia su relación precisamente con el propietario de la parcela como socio gestor en la sociedad. Idéntico olvido hace del escrito del Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid, que pone en evidencia las relaciones existentes entre Consulting Inmobiliario Gilmar y el Agente de la Propiedad Inmobiliaria. Las manifestaciones hechas en confesión son tenidas en cuenta, pero olvidando que según el artículo 1.232 del Código Civil, la confesión hace prueba en contra de su autor. Por ello, todo lo probado en confesión hace que se desprenda la existencia de una notoria conexión e interdependencia entre la sociedad y la agencia y la situación del confusionismo se encuentra corroborada por la documentación reseñada consistente en testimonios del Registro de la Propiedad Industrial y comunicación del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, entre otras.

De todo lo expuesto, se extrae que aun cuando la reforma llevada a cabo en el recurso de casación por la Ley 30/92, vino a suprimir el error de hecho en la apreciación probatoria, ello no empece a que subsista el correspondiente a error de derecho en que pueda haber incurrido la Sala de instancia si en dicha valoración hubiera dejado de tener en cuenta determinadas reglas sustantivas que afectan a la operación valorativa y que en nada contradicen la libertad de que goza el Juzgador en esta función. Una de estas reglas es la que contiene el artículo 1.232 del Código Civil respecto «a la confesión que hace prueba contra su autor», lo que permite puntualizar que esa norma es reveladora de que la *confesión* conserva todavía su vestigio de antiguo carácter y que no puede ser reducida a un simple medio de prueba, a lo que se opone, no ya la indicada norma, sino también la prevenida en el artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al decir que «sobre los hechos probados por confesión judicial, no se permitirá para corroborarlos, prueba de testigos a ninguna de las partes», y puntualiza que pese al formalismo que pudiera desprenderse del párrafo 1 del artículo 1.232, no debe olvidarse que su objetivo es «la averiguación de la verdad de los hechos», cual se deduce del artículo 588 de la precitada Ley, hasta el punto de que si, jurisprudencialmente, se atribuye a la confesión una elevada fuerza probatoria es porque hay una presunción indudable de que cuando se afirma que perjudica al que declara, es que el hecho a que se refiere es verdad en sentido material, por más que se traduzca en los autos en una verdad formal, sin perjuicio todo ello de poder ser desvirtuada por el resultado de otros medios probatorios y de no poder ser dividida contra el que la hace, como dispone el artículo 1.233 del Código

Civil, que el desconocimiento de la eficacia probatoria de la confesión originaría la comisión por el Tribunal de un error de derecho.

ACCIÓN RESOLUTORIA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y ALTERNATIVAMENTE LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL MISMO. (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Benidorm, en Sentencia de 2 de diciembre de 1991, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5.^a), revoca parcialmente la de primera instancia y se declara la nulidad del contrato de compraventa suscrito por las partes.

El recurso de casación se estima parcialmente.

Hechos.—Con relación al contrato de compraventa instrumentado, se postula en el proceso que en caso de apreciar la concurrencia de vicios del consentimiento o la falta de causa, se declare la nulidad del referido contrato de compraventa, con las consecuencias que de ello derivan, consistentes en la recíproca restitución de las cosas que hubieren sido materia del contrato, con los frutos y el precio con los intereses, y que «para el caso de no apreciar los vicios del consentimiento proceda a apreciar la desaparición objetiva de la base del negocio, y en consecuencia decreta la resolución del mismo dándole al mandante la parte del precio pagado y resarciéndole del daño, abonándole los intereses o se proceda a revisar el contrato adaptando el precio de la compraventa al verdadero valor de la finca, debiendo restituir aquéllos a éste la finca objeto de dicho contrato y éste a aquéllos la parte del precio recibido con sus intereses legales desde dicha fecha, incrementados en dos puntos desde la referida sentencia hasta su efectivo pago. Así, al celebrar, mediante documento privado el contrato de compraventa, los compradores padecieron un error sustancial o esencial, pues estaban en la creencia de que dicha finca, que era de secano, podía ser transformada en regadío, cuando dicha pretendida transformación en regadío es legalmente imposible.

La sentencia aquí recurrida declara la nulidad del contrato de compraventa litigioso, revocando en este extremo la de primera instancia que, con base en tales vicios del consentimiento, había equivocadamente decretado la resolución (no la nulidad) de dicho contrato.

Doctrina de la Sentencia.—La sentencia de primera instancia considera probado que el consentimiento de los compradores-demandantes estuvo viciado por error sustancial y decreta la resolución (no la nulidad) del expresado contrato. Una vez interpuesto por el demandado-vendedor, recurso de apelación, los demandantes se adhieren a dicho recurso y concretan la adhesión aludida en que si estaba probada la existencia de vicio en su consentimiento (error sustancial), lo procedente era declarar la nulidad del contrato de compraventa litigioso y no la resolución de dicho contrato. Por su parte, la sentencia de apelación hace un doble pronunciamiento: desestima íntegramente el recurso de apelación interpuesto por el demandado-vendedor, con el que pretendía la desestimación total de la acción que había estimado la sentencia de primera instancia y, estima el recurso de apelación que, por adhesión, habían interpuesto los demandantes-compradores, porque entiende que si aparece probado que el consentimiento de los referidos compradores estuvo

viciado por error sustancial y por el dolo empleado por el vendedor, lo procedente es declarar la nulidad del contrato y no la resolución del mismo. La resolución de todo contrato presupone, necesariamente, la previa validez del mismo y aquí no se había dado, por razón de los vicios del consentimiento, que determinaron su nulidad, por lo que la sentencia aquí recurrida procedió correctamente al estimar el recurso de apelación por adhesión interpuesto por los demandantes-compradores, a lo que ha de agregarse finalmente que esta Sala tiene declarado que las acciones de nulidad y de resolución de un mismo contrato son incompatibles o inconciliables, pero solamente cuando ambas acciones se ejercitan simultánea y conjuntamente, no cuando su ejercicio se hace en forma alternativa, como es el caso aquí contemplado.

RESPONSABILIDAD POR RIESGO. CALIFICACIÓN DE LA CULPABILIDAD. INTERRUPCIÓN DEL NEXO CAUSAL. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia de Barco de Valdeorras, en Sentencia de 25 de abril de 1992, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Orense, en Sentencia de 3 de noviembre de 1992, estima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Don David Alvarez Barrio y su esposa, y Pizarras Dal, S. A., demandaron a Capimor, S. A., alegando que eran titulares de la concesión de la explotación minera «Luisa», para pizarras. La entidad demandada venía explotando otra cantería conocida con el nombre de «Breda», y venía de forma continuada e ininterrumpida vertiendo los materiales de desecho de su explotación en el perímetro de la concesión y propiedad de los actores, ocupando una considerable superficie que no era suya y en detrimento de los derechos de los actores. Así las cosas, se solicita se abstenga en lo sucesivo de verter escombros en la concesión de los actores y a retirar los efectuados con indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la ocupación.

Doctrina de la Sentencia.—En dicha litis, los recurrentes sostienen que, ni la orografía del terreno ni los términos en que fueron otorgadas las concesiones «Luisa» y «Breda», situada ésta a una superior altura de aquélla, permite considerar que el vertido de escombros de la recurrida sea una consecuencia natural que los recurrentes hayan de soportar. La situación geográfica de la concesión «Breda» la obligaba a tomar las medidas necesarias para que esos vertidos no fuesen a parar a la concesión «Luisa», y no lo hizo, con lo que incumplió el deber de previsión con infracción de los artículos 1.104 y 1.902 del Código Civil por los daños producidos, como asimismo el artículo 348, todos del Código Civil. La orografía del terreno no sirve como excusa de su proceder. El informe pericial es expresivo de todo ello, cuando el perito sostiene que con las medidas de seguridad adecuadas los deslizamientos de escombros no se darían, sin embargo, una cosa son los deslizamientos esporádicos e involuntarios de escombros por la orografía de la zona, y otra distinta su vertido continuo y sistemático sin haber adquirido ningún derecho sobre la finca colindante.

RECLAMACIÓN DE CANTIDAD ASEGURADA. NO PROCEDE EL RECARGO DEL 20 POR 100. (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Lérida, en Sentencia de 17 de septiembre de 1992, desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Lérida (Sección 1.^a), en Sentencia de 16 de diciembre de 1992, estima en parte el recurso de apelación interpuesto por el demandante.

El recurso de casación triunfa.

Hechos.—Robo de perdices en la granja asegurada del actor al no haberse acreditado el mismo. En el presente caso, el examen del informe presentado por la Aseguradora para fundar su postura extrajudicial y la que mantiene en este pleito, revela que esta parte rechazó la existencia del siniestro en base a simples conjeturas y haciendo caso omiso interesadamente de los indicios aportados por la adversa. La Aseguradora pudo haber examinado y valorado los documentos contables del asegurado para llegar a determinar el número de perdices sustraídas. La Aseguradora no adoptó una actitud adecuada a la diligencia que le era exigible y, por otro lado, la cantidad reclamada y la aquí concedida difieren en una mínima cuantía, fácilmente valorable si hubiese habido un verdadero deseo de abonar la indemnización.

Doctrina de la Sentencia.—En el caso que analizamos se denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 20 y 38.9 de la Ley 50/80, sobre el recargo de intereses de la Ley de Contrato de Seguro, con condena al 20 por 100 del recargo que se ha de establecer «sobre la base de causa no justificada o que fuese imputable», y esa justificación y falta de imputabilidad del pago sí se produce cuando, como en el presente caso, la determinación de la causa y en consecuencia de la exacta cantidad a abonar, ha precisado efectuarse por el órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto. Pero es que, además, no sólo no se estaba de acuerdo en la cantidad indemnizatoria, sino es que se ponía en duda la propia causa eficiente de dicha indemnización, al considerar el siniestro improbable y más que dudoso..., que asimismo, para aplicar el artículo 38.9, se requiere que la causa de la indemnización devenga inatacable; sin embargo, la aplicación de tal interés no es procedente cuando la cuantía indemnizatoria tiene como base una cuantía alegada no predeterminada y que, en consecuencia, requiere su previa determinación judicial, de tal manera que mientras no se determine la causa generadora a efectos indemnizatorios, no será procedente la aplicación de los artículos 20 y 38.9 aludidos. En definitiva, precisando la causa indemnizatoria alegada, una determinación judicial ante su escasa consistencia no procede dicho recargo. En realidad, cuando se trate de causa justificada o no imputable, no cabe ese elemento de reprobabilidad determinante del recargo correspondiente, y se establece que habida cuenta, las circunstancias concurrentes en el hecho del siniestro o bien, por lo que respecta a la actitud del asegurado o incluso a la propia cobertura de la póliza en definitiva, concurre una controversia que ha de resolver si efectivamente por parte de la aseguradora ha existido o no responsabilidad para su cobertura, y es evidente que hasta que ello no se constate, no podrá indicarse que acontece la mora del asegurador y el efecto agravatorio del recargo... y, por otro lado, no cabe, por lo acontecido, que la pericia dirimente se pudiera converger en fijar una indemnización de carácter inatacable, pues si la misma causa que se discutía

sobre la realidad del siniestro quedaba supeditada a la decisión judicial, la cantidad indemnizatoria del mismo tenía que quedar supeditada a dicha reserva, ya que, era un efecto derivado sobre la cobertura o no del siniestro en cuestión.

CONTRATO PRIVADO DE DISOLUCIÓN DE SOCIEDAD. RECONOCIMIENTO DE DEUDA Y FORMULA DE PAGO. (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Gijón, en Sentencia de 14 de febrero de 1992, rechaza las excepciones alegadas y desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5.^a), en Sentencia de 2 de diciembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—El recurrente solicitaba se dictase sentencia por la que se declarase nulo (sic) la dictada en el juicio de interdicto, o bien se dictase una que contuviera los siguientes pronunciamientos: a) Que el actor era el único propietario de la pala excavadora y estaba legitimado por esa circunstancia y por virtud del acuerdo tomado por los apoderados; y b) Condenar en concepto de daños y perjuicios más los intereses de la cantidad señalada desde la interposición de la demanda.

La sentencia, cuya nulidad se demanda, es la recaída en el juicio de interdicto retener o recobrar la posesión seguido por la que éste fue condenado a devolver la pala excavadora, objeto del interdicto, así como al abono de daños y perjuicios y devolución de los frutos percibidos.

Doctrina de la Sentencia.—Nos ocupamos ahora de determinar la propiedad de la máquina excavadora que el recurrente se arroga en su demanda y que la funda en el incumplimiento por el demandado del llamado «contrato privado de disolución de sociedad, reconocimiento de deuda y fórmula de pago». En el presente asunto, las declaraciones rendidas y la propia realidad de los eventos ocurridos, con examen de las pruebas de confesión y testifical, hacen que se produzca una repudiable confusión de cuestiones jurídicas y fácticas a través de la cual el recurrente pretende imponer no sólo su particular interpretación de los pactos habidos frente a la del Juzgador sino también su peculiar valoración de la prueba a la realizada por el Tribunal de instancia. No existe infracción del artículo 1.289 del Código Civil para justificar la aplicación del criterio de reciprocidad, disponiéndose que la mayor bilateralidad, es decir, reciprocidad, si alguna duda presenta el asunto o convenio no es otra sino sostener que si en un juicio interdictal se condena a una persona en concepto de daño y perjuicio una cantidad, ésta en función de tal reciprocidad podrá reclamarla en suma en el juicio ordinario dado. Por otro lado, la denunciada existencia de abuso de derecho a lo largo del proceso resulta inviable.

Es doctrina reiteradísima de la Sala 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 ese medio probatorio para fundamentar su fallo no resulta infringido dicho precepto.

A lo dicho hemos de acompañar, que el incumplimiento por el demandado en ningún momento da lugar a la adquisición de la propiedad por el recurrente.

te de la pala excavadora aportada por él a la sociedad habida entre las partes, no obstante, quedar afecta la máquina al cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con el contenido de los pactos establecidos en el contrato suscrito entre las partes.

ACCIÓN PERSONAL DE RECLAMACIÓN DE CANTIDAD. SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR. EXTINCIÓN Y LIQUIDACIÓN. (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Marbella, en Sentencia de 13 de mayo de 1991, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.^a), en Sentencia de 9 de octubre de 1992, desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Entre las partes de este proceso existió una sociedad civil irregular con participación por terceras e iguales partes, entre los señores José Viano y su esposa Victoria Guerrero, don Antonio C. Quecuty y la recurrente doña Adela Doblare. La sociedad, carente de personalidad jurídica, giraba externamente a través de la persona de don José Viano. Este señor y su esposa formalizaron un contrato de préstamo con el Banco Exterior, con el aval solidario de los otros dos socios. Impagado a su vencimiento dio lugar a juicio ejecutivo que terminó con el pago de los reclamados con dinero que la señora Doblare consiguió con préstamo del Banco Industrial y Mediterráneo.

El préstamo y el afianzamiento declara la sentencia que son operaciones dentro del régimen societario común, y que expresada la voluntad de extinguir la sociedad civil irregular, han de tenerse en cuenta estas operaciones en la liquidación de la sociedad y partición del patrimonio entre los socios.

Doctrina de la Sentencia.—En el presente caso, formulada la reconvencción, el Juez optó por admitirla a trámite teniendo presente lo dispuesto en el artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El demandado de reconvencción, sin esperar al trámite de comparecencia del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde el Juez oye a las partes sobre la clase de juicio cuando la cuestión se suscita en la contestación a la demanda, recurrió la providencia dando traslado del escrito de contestación y de demanda reconvenccional, en cuya reposición recayó auto manteniendo la providencia y citando a las partes a comparecencia. En ésta, las partes no suscitaron la cuestión sobre procedimiento a seguir, que de haberla suscitado habría obligado a decidirla y contra la decisión que ordenara seguir el juicio de menor cuantía, sólo hubiera cabido recurso de nulidad a interponer junto con la apelación de la sentencia de fondo y previa protesta de reanudarse la comparecencia. Requisitos estos que no fueron cumplidos por el recurrente.

Por otro lado, el artículo 1.255 del Código Civil, cuando dice que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público, está proclamando el principio de libertad de pactos que rige de siempre en nuestro derecho. Es un precepto de carácter general que no puede servir de apoyo a un recurso de casación por infracción de ley, si no va acompañado de la cita del contrato que al amparo de esa libertad se pactó y

el precepto infringido correspondiente al régimen legal de ese contrato, y nada de ello se expone en algún razonamiento de la sentencia. Como consecuencia de lo expuesto, hay que decir que la distribución igualitaria de las consecuencias de ese pago hecho por la recurrente puede y debe ser tenida en cuenta al liquidar la sociedad de autos.

En la sentencia se declaró la existencia y liquidación de la sociedad que será el momento de aclarar las respectivas aportaciones y los créditos de los socios contra la sociedad, y porque la sentencia recurrida nada ha compensado. Además, la calificación de sociedad civil irregular que hace la Audiencia sostiene que la sociedad es mercantil y que debe regirse por las normas de sociedades regulares colectivas que para disolverlas exigen buena fe.

TODA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EXIGE QUE SE PRUEBE LA EXISTENCIA Y REALIDAD DE LOS MISMOS. (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sevilla, en Sentencia de 29 de abril de 1991, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.^a), en Sentencia de 4 de noviembre de 1992, estima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—En relación a las obras de cerramiento parcial (con respecto a la vía pública) del espacio de terreno o solar que circunda el bloque o edificio, los propietarios de sendos locales comerciales sitos en la planta baja de dicho bloque o edificio promovieron contra la Comunidad de Propietarios del mismo, recurso por el que piden se declare que el soportal de la planta baja de dicho edificio está afecto a una servidumbre pública de libre circulación, suponiendo las obras de cerramiento del perímetro del edificio una alteración de los elementos comunes del mismo, además de un perjuicio económico.

Doctrina de la Sentencia.—Es reiterada y notoria la doctrina de la Sala atinente a que las sentencias absolutorias o totalmente desestimatorias de la demanda no pueden, en general, ser tachadas de incongruentes, al entenderse que resuelven todos los puntos objeto de la controversia, salvo que tal pronunciamiento absolutorio lo hayan basado en la estimación de una excepción no alegada, ni apreciable de oficio, o en una alteración de la *causa petendi*, ninguno de cuyos supuestos de excepción se dan el presente caso litigioso, por lo que la sentencia recurrida no ha incurrido en el vicio de incongruencia de que aquí se le acusa, por otra parte, es totalmente acertada y procedente ya que no se ha probado adecuadamente en el proceso que los actores hayan sufrido daños o perjuicios como consecuencia del cercamiento que la Comunidad de Propietarios demandada que llevó a efecto en el ejercicio legítimo de su derecho.

El edificio al que se refiere este litigio (que jurídicamente es una sola unidad, aunque arquitectónicamente son dos casas, con portales independientes, cada uno de los cuales da entrada a diferentes viviendas) tiene en su planta baja un soportal. Así, en el título constitutivo de dicho edificio, en régimen de propiedad horizontal, consta que también se da la calificación de elementos comunes a lo siguiente: soportal de la planta baja que está afecto

a servidumbre pública de libre circulación. A continuación de dicho soportal, en sus respectivas direcciones hacia la vía pública existe un amplio espacio de terreno o solar, que circunda el edificio, del que forma parte, y que está destinado, al parecer, a zona de aparcamiento de vehículos y área de expansión y recreo. En el borde exterior de ese amplio espacio de terreno o solar es donde se ha realizado el cercamiento litigioso. Las obras de cercamiento del edificio disponen de diversos huecos o vanos y no guardan relación con la servidumbre pública de paso que grava el soportal del edificio, la cual continúa plenamente subsistente en los términos en que lo estaba antes de la realización de tales obras. Por tanto, el cercamiento litigioso no afecta en modo alguno a la servidumbre pública de libre circulación que grava el soportal del edificio, la cual continúa subsistente en los mismos términos en que fue constituida, pues la Comunidad de Propietarios demandada, en su reunión celebrada el 9 de junio de 1988 adoptó por mayoría de sus miembros el acuerdo de llevar a efecto obras de cercamiento del amplio espacio de terreno o solar que circundaba el edificio, pues bien ni en la demanda rectora de este proceso se suplica expresamente la declaración de nulidad de dicho acuerdo ni en la sentencia de primera instancia se hace tal declaración de nulidad, la sentencia recurrida entiende que el tema de la validez o no del expresado acuerdo constituye el fundamento implícito de la demanda.

De lo expuesto se deduce, y tal como declara la sentencia recurrida y la Sala lo comparte, que las referidas obras de cercamiento o cerramiento, en la forma en que las mismas han sido realizadas, no integran alteración de la estructura o fábrica del edificio o de sus elementos comunes ni afectan al título constitutivo, por lo que para la ejecución de las mismas bastaba el acuerdo de la mayoría, como así se hizo, el cual podía ser impugnado por los disidentes dentro del plazo de caducidad que establece el artículo 16, regla 4.^a de la Ley de Propiedad Horizontal, cuya impugnación no se ha realizado dentro de dicho plazo, sino varios años después de la adopción del mismo. El hecho de que para determinados acuerdos la Ley de Propiedad Horizontal exija el consentimiento unánime de todos los copropietarios, sin que baste el de la mayoría, no entraña que el acuerdo adoptado sin dicho requisito de la unanimidad esté viciado de nulidad radical o absoluta, pues esta Sala tiene declarado, por un lado, que los acuerdos que entrañen infracción de algún precepto de la Ley de Propiedad Horizontal o de los Estatutos de la respectiva Comunidad, al no ser radicalmente nulos, son susceptibles de sanación por el transcurso del plazo de caducidad que establece la aludida regla 4.^a del artículo 16 ya citado, sin haber sido impugnados dentro de dicho plazo, quedando reservada la más grave calificación de nulidad radical o absoluta solamente para aquellos otros acuerdos que, por infringir o cualquiera otra Ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de su contravención o por ser contrarios a la moral o el orden público o por implicar un fraude de ley, hayan de ser conceptuados nulos de pleno derecho y, por tanto, insubsanables, por el transcurso del tiempo y, por otro lado, tal como tiene declarado la Sala, la «regla de la unanimidad si no es observada, dará lugar a la anulabilidad del acuerdo, pero no produce su nulidad de pleno derecho».

Finalmente, se hace alusión a que es reiterada la doctrina de la Sala atinente a que el artículo 1.101 del Código Civil, al limitarse a enumerar las causas que hacen surgir el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, no puede servir,

por sí solo, dada la generalidad de su contenido para fundamentar un recurso de casación por infracción de la normativa que contiene. Toda indemnización de daños y perjuicios exige ineludiblemente que se pruebe plenamente la existencia y realidad de los mismos y en el presente supuesto litigioso no se considera probado adecuadamente que los actores hayan sufrido daños o perjuicios como consecuencia del cercamiento que la Comunidad de Propietarios demandada llevó a efecto en el ejercicio legítimo de su derecho.

ACCIÓN POR CULPA CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Jaca, en Sentencia de 16 de julio de 1991, desestima la excepción de falta de legitimación pasiva. La Audiencia Provincial de Huesca, en Sentencia de 19 de diciembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Con ocasión del uso de remonta en la estación de esquí de Formigal, al tomar la telesilla Salent, estando el suelo cubierto de paja, como medida precautoria ante la ausencia de nieve, se le trabaron los esquís a la recurrente, lo que ocasionó su caída sufriendo las lesiones que le afectaron. El incumplimiento denunciado, por tanto, se concreta a que la plataforma estaba cubierta de paja, pero no se demostró que esta circunstancia ni ninguna otra relacionada con el estado del piso, fuera directamente causante del accidente, pues la habían utilizado normalmente ese día otras personas, conformando hecho probado firme, que no se puede desconocer ni sustituir al arbitrio de la que recurre para hacer su propia valoración probatoria.

En el acontecer de los hechos, se da quiebra de la relación causal entre el estado de la plataforma y de la caída que sufrió la recurrente, a la que asistía el deber de mantener y conservar en todo momento el dominio de la situación, al apercibirse de que el suelo estaba sembrado de paja y adoptar medidas de precaución fácilmente a su alcance para evitar la traba de los esquís, no dándose intervención alguna ni elementos externos en la causación del accidente.

Doctrina de la Sentencia.—El único precepto referente al transporte de personas que se limita a regular la carta de porte o billete es el artículo 352 del Código de Comercio. Este contrato ha sido calificado por la doctrina y jurisprudencia como un contrato de obra en razón a que no sólo se presta un servicio, sino que también se compromete un resultado, cual es el de llevar a la persona a un lugar determinado y sin entrar en disputas doctrinales, que no es la finalidad de la actividad de juzgar en casación, parece más adecuado el encuadre en arriendo de servicios, si se atiende al deber de efectuar el traslado del viajero con las mayores medidas de seguridad, sustituyendo la obligación de resultado, más propia de los transportes de cosas. Y al estarse en presencia de una relación contractual civil, ésta se rige por las normas contenidas en el Código Civil y referentes a la disciplina de la responsabilidad contractual. En estos transportes especiales, por la intervención activa que corre a cargo del viajero, hay que referir la culpa o negligencia al supuesto de que el servicio no ha sido satisfecho en la forma correcta y debida, lo que generaría obligación de medios. No es suficiente que medie un contrato entre

las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana —que no se ejercitó en este pleito—, sino que se precisa que la realización del hecho acontezca dentro de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial.

En el caso de autos, la entidad cumplió sus deberes obligacionales, pues ningún incumplimiento se le acusó como imputable debidamente acreditado y su comportamiento obligacional resulta así correcto y adecuado a la efectividad del contrato de transporte en telesquí.

LOS ARTÍCULOS 27 Y 28 DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS EN RELACIÓN CON EL ARTICULO 1.102 Y CONCORDANTES DEL CÓDIGO CIVIL (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 18 de Madrid, en Sentencia de 29 de mayo de 1991, desestima las excepciones procesales y desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.^a), en Sentencia de 11 de noviembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Vehículo que sufrió averías intentadas reparar en Turbomóvil. El recurrente entiende que la avería subsistió tras diversas entradas en el mismo taller y abono de facturas desmesuradas sin ver el coche reparado. Dicho vehículo fue comprado tras cuatro años de pertenencia a su vendedor, de quien el comprador recibió la advertencia de las anormalidades por él observadas en el circuito de refrigeración. Pero, en ningún momento, como veremos al comentar la sentencia, la deficiente reparación de alguna de esas anormalidades fue la causa desencadenante de otra posterior, si bien, varias tienen su origen común en esporádicas pérdidas de líquido en el circuito de refrigeración, es decir, en el defecto que ya le había advertido el vendedor que tenía el vehículo de motor que le vendía.

Doctrina de la Sentencia.—No tiene la carga de probar ningún usuario de servicio protegido por la Ley de Consumidores la culpa del agente que presta el servicio, que realiza la reparación, sin embargo, el usuario sigue teniendo la obligación de probar que el daño existió, y que fue el producto del servicio defectuoso prestado por el demandado, y tales pruebas no las ha proporcionado al Tribunal, ni tan siquiera que al entrar con el coche en el taller se encomendara otra cosa que «verificar pérdida de agua», o «revisar niveles». Además, para que se indemnicen los daños reclamados es preciso demostrar que fueron causados por la utilización de servicios mal ejecutados y tal prueba no se ha probado por el actor. No se propone prueba pericial alguna que demuestre la relación causal entre la deficiencia del vehículo y la gran avería que padeció. Tampoco se puede hablar de una denuncia por infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española porque el derecho a la tutela judicial efectiva sabido es que tiene como contenido el de obtener una sentencia fundada, tras un proceso con todas las garantías, sea o no favorable al ciudadano que la postula y que la apreciación que hace el recurrente sobre la utilización de las reglas de la sana crítica por la Audiencia al sentenciar el caso pudo combatirla el recurrente por otros cauces procesales.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA CON APORTACIÓN DE MATERIALES. (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Cáceres, en Sentencia de 10 de enero de 1992, estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Cáceres, en Sentencia de 8 de octubre de 1992, estima el recurso de apelación. No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—La cuestión litigiosa que las partes promueven se refiere al cumplimiento de un contrato de arrendamiento de obra con aportación de materiales, en el que el contratista demandante reconoce haber recibido de la demandada una cantidad y reclama en la demanda el pago de otras que representan el resto pendiente más el incremento de ciertas mejoras que dice haber realizado con el consentimiento de su oponente.

Doctrina de la Sentencia.—El Juzgado estima parcialmente la demanda, condenando a la demandada a abonar una suma más los intereses legales, y absolviendo al demandante de todos los pedimentos que figuraban en la reconvención. Interpuesto recurso de apelación, la parte demandada se persona proponiendo un conjunto de medios de prueba: confesión, testifical y pericial, y aportando documentos. Practicadas las pruebas que se declaran admitidas, la Audiencia dicta sentencia confirmando íntegramente la resolución apelada.

Se citan como infringidos preceptos tales como los artículos 359, 372 y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 1.232 del Código Civil y artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución Española, pero resulta inadecuada su alusión. De entre las denuncias que afectan al quebrantamiento de las formalidades esenciales del juicio se trata la incongruencia, que se evidencia a través de la simple lectura de las peticiones que se hacen en la demanda, contestación y reconvención y las respuestas que se dan en la sentencia del Juzgado. La Audiencia así también lo entiende y lo valora conjuntamente con el resto de la prueba practicada y al realizar esa actividad está ejercitando una función que le es propia en exclusiva y, por otro lado, se denuncia la infracción de los artículos 1.253, 1.281, 1.282 y siguientes y artículos 1.255, 1.261, 1.265, 1.267, 1.300 y 1.301, todos del Código Civil, resultando también inadecuada su alusión, pues lo que se está realmente pretendiendo es efectuar un nuevo proceso valorativo de la totalidad de la prueba, actividad eliminada del recurso de casación por la Ley 10/92, de 30 de abril.

«FICTA CONFESSIO» (LA PRUEBA DE CONFESIÓN JUDICIAL). (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Baracaldo, en Sentencia de 27 de febrero de 1992, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 5.^a), en Sentencia de 13 de octubre de 1992, estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación no ha lugar.

En este caso tanto la doctrina como la jurisprudencia de la Sala interpretan el artículo 1.214 del Código Civil en el sentido de que lo que quiere la ley es que los hechos constitutivos sean probados por el actor y los demás, inclui-

dos los extintivos corra a cargo su probanza por el demandado. Es decir, que dicho precepto y su normal interpretación, proporcionan al juzgador una «regla de juego» que exige al menos una mínima labor probatoria que ha tenido que practicarse en el proceso. En el presente caso la base en que pretende fundamentar su pretensión la parte actora, ahora recurrente, está constituida por tres documentos de naturaleza privada. Por lo cual era preciso su autenticación procesal, que sólo podía llevarse a cabo a través de la prueba de confesión y de la pericial caligráfica.

La prueba de confesión judicial supone la declaración personal de la parte de la contienda judicial y afecta a la convicción directa del Juzgador. En nuestro Derecho tiene una regulación bifronte que se desenvuelve en la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código Civil.

En nuestro caso el Juzgador de instancia, ha estimado prudente no utilizar tal mecanismo procesal, y esa conclusión constituye una decisión mental, difícilmente sustituible o revocable en casación, sobre todo cuando, como en el presente caso, existe la duda vivencial del representante legal de la entidad demandada, como se desprende de la diligencia de citación efectuada y sobre todo cuando dicha duda hubiera debido ser aclarada y probada por la parte, ahora recurrente, para mejor éxito de la pretensión.

DECLARACIÓN DE NULIDAD Y ACCIÓN SUBROGATORIA. (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Tudela, en Sentencia de 14 de septiembre de 1991, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Navarra, en Sentencia de 30 de octubre de 1992, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación triunfa.

Nos encontramos ahora ante el estudio de un caso en el que se *ataca* la sentencia *a quo* en cuanto desestima la excepción de prescripción opuesta en la contestación a la demanda. La sentencia combatida desestima la referida excepción por entender que al desestimar la sentencia de primera instancia el fondo de la demanda sin hacer pronunciamiento expreso sobre la prescripción invocada, se produjo su desestimación implícita y al no haber recurrido en apelación el demandado ni haberse adherido al recurso de la actora, tal cuestión quedó firme y no podía ser examinada por el Tribunal de apelación.

Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la congruencia que debe observar la sentencia con relación a los pedimentos contenidos en la demanda y contestación no exige la desestimación expresa y detallada de todas y cada una de las excepciones aducidas por el demandado, pues siempre que se estima la acción ejercitada por el demandante, se entienden implícitamente desestimadas, por ese mismo hecho las excepciones del demandado, siendo suficiente que se razone tal desestimación. A la luz de esta doctrina jurisprudencial no puede aceptarse por esta Sala la afirmación del Tribunal de apelación de que la sentencia de primera instancia, absolutoria en cuanto al fondo, contiene un rechazo tácito de las excepciones alegadas, se trata de una sentencia que desestima la acción ejercitada y que no contiene razonamiento alguno sobre la excepción de prescripción. Se trata de un caso de incongruencia omisiva al haber omitido el Juzgador de primera instancia el examen de

la excepción que debió de hacer con carácter previo al de la cuestión de fondo, dejando impregunado ese medio de defensa opuesto por los demandados comparecidos a la pretensión actora, este enfoque conduce a estimar que la cuestión relativa a esta excepción devino firme al no recurrirse en apelación por los demandados la sentencia de primera instancia ni haberse éstos adherido a la apelación de la actora, único medio procesal para que el Tribunal de apelación hubiera podido entrar a conocer de ese defecto de la sentencia apelada, constitutivo de gravamen para los codemandados.

A lo largo del proceso se definen dos conceptos que debemos destacar:

Declaración de nulidad.—La declaración de nulidad acarrea la nulidad de la propia constitución de la Sociedad. Es llamativo ver que los codemandados aquí recurrentes que han basado su defensa en la correcta constitución de la sociedad, al haber cumplido ellos su deber de aportación, ataquen la sentencia *a quo* precisamente, por no declarar la nulidad de la escritura constitutiva de la sociedad codemandada, la parte propone al abogar por esa nulidad del acto fundacional que «sería preciso revisar todo el proceso constituyente y fundacional, con llamamiento a terceras personas ajenas a la litis, y en definitiva el propio crédito de la actora sería nulo, por haberse otorgado a una entidad que nunca llegó a existir». Siendo ésta una auténtica argumentación mercantilista se olvida que la declaración de nulidad de las sociedades mercantiles, incluida la anónima, no tiene efectos retroactivos y que los actos y contratos celebrados antes de la presentación de la demanda han de subsistir, así la declaración produce técnicamente los mismos efectos que si se hubiera producido una causa de disolución de la sociedad.

Reiteradamente tiene declarado la Sala que es de la esencia de la presunción que en ella haya de ajustarse a las reglas del criterio humano el enlace preciso y directo (art. 1.253 del Código Civil) que religa el hecho-base con el hecho-consecuencia, sin que se exija que la deducción sea necesaria y unívoca, asimismo ha declarado la Sala que el juicio lógico del Tribunal *a quo* sólo es censurable en casación cuando falte ese enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir. Tales reglas lógicas han sido respetadas por el Juzgador de instancia al estimar inexistentes las aportaciones al capital social a que venían obligados los codemandados y lo que la recurrente pretende desvirtuar alegando que los bienes adquiridos por la sociedad el mismo día de su constitución tenían un valor muy superior al que se hizo figurar en la escritura pública de compraventa, pues aún en el caso de que esas aportaciones se hubiesen hecho en otro concepto, lo lógico es que hubieran quedado plasmadas documentalmente, ya en la contabilidad social ya de otra forma que acreditase su realidad, aparte de que no existe prueba alguna en autos de que el precio pagado por los inmuebles fuese superior al figurado en la escritura notarial.

Se alega infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 24 de la Constitución, pues no se pide la condena de los codemandados al pago de las cantidades que allí se reseñan, sino que insta «se abone», sin expresar quién ha de hacer ese «abono» de tales cantidades, por lo que al condenar a las personas físicas codemandadas al pago a la actora de las sumas que se dicen, está haciendo un pronunciamiento no solicitado por la actora, aparte de la contradicción que existe entre los pronunciamientos del fallo al condenarse ambos a los codemandados al pago.

Acción subrogatoria.—Ejercitada en la demanda la acción subrogatoria que al acreedor concede el artículo 1.111 del Código Civil para ejercitar los derechos y acciones que su deudor tiene frente a terceros, «ejercitando los derechos y acciones de éste que tiene abandonadas y habían de producir un aumento de su patrimonio», el efecto de esta acción es la de obtener un incremento del patrimonio del deudor a fin de conseguir la satisfacción del crédito; una vez producido ese incremento patrimonial, el acreedor podrá y deberá exigir de su deudor al pago, sin que en este procedimiento pueda hacerse entrega a la actora de las cantidades que los demandados adeudan, ya que la acción subrogatoria no es una acción directa sino, como dice la doctrina científica, una acción oblicua, por lo que las cantidades así obtenidas pasan a engrosar el patrimonio del deudor sin que el acreedor que ejercita la acción subrogatoria ostente, por esa razón, preferencia alguna en la satisfacción de su crédito.

DEMANDA POR DECLARACIÓN DE ERROR JUDICIAL. APELACIÓN POR ADHESIÓN. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 22 de Barcelona dictó sentencia parcialmente estimatoria de la demanda, apreció una conducta negligente en la actora que agravó las consecuencias dañosas derivadas de la falta de resistencia del hormigón. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.^a) revocó la sentencia del Juzgado en cuanto a la compensación de culpas apreciada.

No ha lugar a la demanda sobre declaración de error judicial.

Hechos.—El 12 de julio de 1988, Constructora Industriales Reunidos, S. A., contrata a Estructuras Sabadell, S. A., para que realice una obra consistente en la construcción de una estructura de hormigón armado con forjado tipo reticular. El hormigón utilizado para la obra fue contratado por Estructuras Sabadell, S. A., con Readymix Asland, S. A., exigiéndole el suministro de un tipo de hormigón determinado con resistencia en concreto para la losa del sótano. El 15 de octubre de 1991 se realiza una prueba de carga en la losa constatando el levantamiento de la misma en dos centímetros y produciendo roturas en diversas zonas. La dirección facultativa de la obra decide reconstruir las zonas de la losa afectadas.

Doctrina de la Sentencia.—En el presente caso no puede prosperar la denuncia de error judicial contenida de: a) indiscutible naturaleza de compraventa mercantil habida entre Readymix Asland, S. A., y Estructuras Sabadell, S. A. (art. 342 del Código de Comercio y 1.490 del Código Civil); b) la sentencia dictada por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona al aceptar los fundamentos de derecho de la dictada en Primera Instancia incide en error al no considerar preceptivas y obligatorias las pruebas para determinar el hormigón suministrado, ignorando la repetida sentencia que tal obligatoriedad estaba en vigor; c) cometer el error de atribuir a Readymix Asland, S. A., la condición de «constructora», condición que no tenía ni nunca tuvo, ya que su actuación se limitó al «suministro» de los materiales —hormigón— que le fueron solicitados por la verdadera «constructora», que no era otra que la actora «Estructuras Sabadell, S. A.». Vamos a ir desglosando cada uno de los apartados. Comenzamos así diciendo que en el a) se trata de combatir la

interpretación del Tribunal acerca de la aplicación o no al caso de la caducidad de la acción ejercitada en la demanda, cuestión que, como manifiesta la doctrina jurisprudencial, en modo alguno puede ser planteada en un procedimiento cuyo objeto es la declaración de error judicial. Por su parte, la denuncia del apartado *b)* en el que se trata de combatir el resultado probatorio obtenido por la Sala de instancia y las conclusiones a que la misma llega a través de la interpretación de las diversas normas en juego sobre cuál de ellas era aplicable para resolver el debate planteado, sin que, de acuerdo con lo dicho, pueda esta Sala, en este procedimiento, entrar a examinar lo acertado o desacertado del razonamiento lógico contenido en la sentencia a la que se tacha de errónea. Y ahora, respecto a la denuncia de error judicial que se hace en el apartado *c)*, ha de tenerse en cuenta que la demanda inicial promovida por Estructuras Sabadell, S. A., versaba sobre indemnización de daños y perjuicios que se le habían causado como consecuencia de la defectuosa calidad del hormigón servido por Readymix Asland, S. A., en virtud del contrato de suministro entre ellas existente. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda «por apreciar una compensación de culpa, al apreciar en la actora una falta de diligencia al no comprobar previamente la calidad de material y la bondad de su mezcla y aplicación». Estructuras Sabadell, S. A., se adhirió al recurso de apelación interpuesto por la demandada e impugnó la sentencia de primera instancia en cuanto estableció dicha compensación, la Audiencia Provincial acogió esa impugnación razonando que la constructora al asumir la realización del proyecto, aceptando los materiales, y efectuando los trabajos propios, absorbe totalmente el marco de la responsabilidad derivada de la ejecución de las obras; imputar una responsabilidad a la propiedad, por no haber cuidado de la bondad de las mezclas, por ser una obligación ajena a su situación en el contrato.

En el estudio de este tema hemos de decir que la Jurisprudencia de la Sala configura el error judicial como aquella actuación en que se incluyen equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la aplicación de la Ley, pero como quiera que este proceso especial no puede confundirse con una tercera instancia, sólo cabe su apreciación cuando el tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de hechos distintos de aquéllos que hubieran sido objeto de debate, sin que pueda traerse a colación conclusiones que no resulten ilógicas dentro del esquema traído al proceso, pero sí que es debido a una equivocada información sobre hechos enjuiciados por contradecir lo que es evidente o a una aplicación del Derecho que se base en normas inexistentes o entendidas de modo palmario, no comprende por tanto el supuesto de un análisis de los hechos y sus pruebas, ni interpretaciones de la norma, que acertada o equívocamente, obedezcan a un proceso lógico y por ello sirva de base a la convicción en que consiste la resolución, cuyo acierto o desacierto entre en el terreno de lo exigible, en los procesos no se opera con una verdad material que puede originar certeza y no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención de datos de carácter indiscutible que rompe la armonía del orden jurídico como tampoco puede basarse en la interpretación de las leyes que el Tribunal aplicó dentro de las normas de hermenéutica jurídica y sin que pueda prejuzgarse si dicho criterio es el único aceptable o si existen otras también razonables, ya que no pueden unos y otros considerarse constructivos de error judicial generadores de indemnización, reservándose a supuestos de decisiones injustificables desde el punto de vista del Derecho.

De lo expuesto se ha de llegar a la conclusión que cuando la sentencia se refiere a la «constructora» para determinar la extensión de su responsabilidad, lo está haciendo a Estructuras Sabadell, S. A., como ejecutora de la obra en que se utilizó el hormigón suministrado y en la que aparecieron los daños cuya indemnización solicitada en su demanda, referencia que era necesaria por cuanto la demandada Readymix Asland, S. A., atribuía aquellos daños a múltiples causas, entre ellas, una defectuosa manipulación del cemento o a una igualmente defectuosa ejecución de la obra, por lo que se hacía preciso establecer el ámbito de responsabilidad de Estructuras Sabadell, S. A., como constructora, aunque la relación contractual existente entre las partes no era la de un contrato de ejecución de obra sino de suministro. Al utilizar el término «propiedad», la sentencia de apelación se está refiriendo a Estructuras Sabadell, S. A., para negar que le sea imputable la responsabilidad que aprecia la sentencia de primer grado al establecer la compensación decretada; es decir, con ambos términos «constructora» y «propiedad», la sentencia se está refiriendo a Estructuras Sabadell, S. A., y aunque calificar a la actora de propiedad sea improcedente, ello no puede encuadrarse dentro del ámbito del error judicial, ya que sustituyendo ese vocablo «propiedad» por la denominación social de la actora o por cualquier otro indicativo de su posición contractual en el contrato de suministro celebrado con Readymix Asland, S. A., la solución del litigio sería la misma.

DECLARACIÓN DE TIPO DE INTERÉS A APLICAR A UN CONTRATO DE PRÉSTAMO. LA INTERPRETACIÓN DE CONTRATO REALIZADA EN LA INSTANCIA NO QUEDA INCÓLUME EN CASACIÓN CUANDO SE OPONE MANIFIESTAMENTE A LA INTENCIÓN DE LOS CONTRATANTES. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Pontevedra, en Sentencia de 13 de julio de 1992, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 4.^a), en Sentencia de 10 de diciembre de 1992, rechaza el recurso de apelación.

Prospera en parte el recurso de casación.

Hechos.—Unos cónyuges constituyen hipoteca en favor de Banco Pastor, sobre los inmuebles que describen en garantía de la devolución de un préstamo que dicha entidad bancaria concede a su hija. En la escritura, y dentro de sus estipulaciones, acuerda en cuanto a los intereses lo que sigue: «El primer período comprende desde el día de hoy hasta el 31 de diciembre de 1989. Los restantes períodos tendrán una duración de un año, que se calcularán por años vencidos a contar desde la terminación del período inmediatamente precedente. El segundo período comprenderá desde el 31 de diciembre de 1989 hasta el 31 de diciembre de 1990, y así sucesivamente. Durante el primer período este préstamo devengará un interés de 13,75 por 100. Y el resto aplicable será el que derive de adicionar 0,50 por 100 al valor que represente el tipo básico de referencia en la fecha de inicio de cada período de intereses. Este diferencial permanecerá invariable durante el tiempo de vigencia del contrato. El tipo de interés básico de referencia aplicable a cada período de interés será el tipo de interés preferencial vigente y comunicado por Banco Pastor al Banco de España para operación de crédito y préstamo a un año.

Este tipo de referencia no podrá ser superior ni inferior en un punto porcentual a la media aritmética del tipo preferencial de interés para operaciones de crédito y préstamo a un año. Estas son a grandes rasgos las cláusulas que motivaron la constitución de esa hipoteca objeto del litigio.

Doctrina de la Sentencia.—Estamos ante un problema no de interpretación sino de IMPOSIBILIDAD DE APLICACIÓN DE CLAUSULA PACTADA. La intención de las partes fue en realidad la de que la variación del interés se producía en función de los tipos de interés señalados por el Banco Pastor para operaciones de préstamo y crédito a un año, pero no sobre un deber de señalamiento de dichos plazos con su comunicación al Banco de España. Las Circulares de ese Banco relegan la denominación interés preferencial a las operaciones a corto plazo, y las demás, incluida la litigiosa, se adaptan a la nueva situación creada. El Banco Pastor aplicó los tipos variables referenciados con tipos preferenciales para operaciones de crédito y préstamo a un año. Las sentencias de instancia han realizado lo que denominan «interpretación integradora» para dar sentido a la cláusula litigiosa, y sabido es que la doctrina invariada de esta Sala es la de que la interpretación de los contratos es tarea que pertenece a la soberanía de los órganos de instancia, que debe ser mantenida en la casación mientras no se demuestre que es ilógica, que conduce a resultados absurdos o que es vulneradora de normas legales.

Se acusa infracción del artículo 1.258 del Código Civil y del principio jurídico *pacta sunt servanda*, recogido en las sentencias de esta Sala efectuando en su fundamentación un contraste entre el tenor de lo pactado en cuanto a la revisión del tipo de interés cada año de duración del contrato, y el fallo de la sentencia de primera instancia, confirmado por la sentencia que se recurre, resaltando que no respeta lo pactado, pues alude a un módulo de revisión como es el interés de préstamos hipotecarios, distinto del acordado de interés para créditos y préstamos a un año, siendo así que para el cálculo de ambos intereses se siguen distintos procedimientos. También se denuncia la infracción del principio que prohíbe ir contra los propios actos, acogido por la doctrina jurisprudencial pero no viable a nuestro caso, pues el pago no significa la aceptación a lo hecho por el Banco, el pago fue obligado para que el Banco no diera por vencido el préstamo en caso contrario, con los perjuicios consiguientes a la devolución de la cuantiosa suma de dinero recibida de forma inmediata cuando se proyectó hacerlo en un largo período de tiempo. Se mantiene que si siempre son sospechosas de ilicitud las cláusulas *solve et repete*, no hay duda de una inmoralidad de las de *solve et non repete*, que es lo que en definitiva quiere el motivo. La intimidación y coacción económica de la cláusula pactada la haría, sin duda, nula de pleno derecho.

Se introduce para el establecimiento del interés variable un parámetro—créditos hipotecarios—totalmente silenciado por las partes en la escritura de constitución de hipoteca entre los criterios pactados para hallar el interés en cada período temporal del préstamo. Además de suponer la práctica transformación de una hipoteca a interés variable en una hipoteca de interés fijo, y dar por no establecida la cláusula contractual que ha sido fuente del litigio, se establece como tipo de interés a aplicar en cada período de tiempo pactado, la media aritmética de los tipos de referencia para operaciones de crédito y préstamo a un año, publicado y comunicado al Banco de España, en el inicio de cada período de intereses, incrementado en 0,50 por 100, todo ello en tanto no

se publiquen y comuniquen al Banco de España por el Banco Pastor los tipos de interés preferencial para operaciones de crédito y préstamo a un año a fin de hacer posible la aplicación exacta de la cláusula pactada sobre la variación de interés del crédito con garantía hipotecaria concedido a la actora.

IMPROCEDENTE RECLAMACIÓN DE CANTIDAD DE DEVOLUCIÓN DE CUOTAS APORTADAS A COOPERATIVA INCLUYENDO APORTACIONES EFECTUADAS E INTERESES DEVENGADOS. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lucena, en Sentencia de 5 de octubre de 1992, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3.^a), en Sentencia de 14 de diciembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Carece la sentencia que se recurre de motivación alguna, puesto que incluso la misma justifica la procedencia de las deducciones practicadas por la Cooperativa en base a lo convincente de los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia, que no acepta su importe, el único razonamiento de la sentencia está contenido únicamente y a su vez en los convincentes razonamientos de la sentencia de instancia, que fueron distintos a los de la propia sentencia recurrida, tal resolución hace que se admitan como válidas y concretas las deducciones practicadas por la Cooperativa. La sentencia recurrida incurre en clara y evidente incongruencia entre sus razonamientos y el fallo. La denuncia a la infracción del artículo 1.214 del Código Civil sobre carga de la prueba, y a los artículos 32 y 80, Disposición Transitoria 2.1 y artículo 77 de la Ley 3/87, General de Cooperativas, es rechazable, pues la razón de pedir de la presente litis se basa en un derecho al reintegro de su aportación a la demandada, previa impugnación de esa primera liquidación o finiquito cuando ya le constaba al actor y conocía el posterior acuerdo emitido por el que se dejaba el mismo sin efecto, sin oponer impugnación alguna, y, que aquella liquidación había quedado anulada, y porque, además, al no tener conocimiento de la segunda liquidación acordada cuando interpone su demanda y conoce la misma al menos desde la contestación en que lo aduce la demandada, debió acoplar su pretensión a esa nueva situación económica, posibilidad que le permanece intacta cuando tras su notificación proceda a impugnarla por la vía adecuada.

EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA SURGIDA «POST CONTRATUM» Y CON BASE A UN INCUMPLIMIENTO PRESTACIONAL. ARTÍCULOS 1.124 Y 1.166 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Bilbao, en Sentencia de 9 de julio de 1991, estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Bilbao, en Sentencia de 5 de octubre de 1992, desestima el recurso de apelación.

No ha lugar el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Para que como acabamos de aludir se pueda ejercitar una acción resolutoria *post contratum* y con base a un incumplimiento prestacional (art. 1.124 del Código Civil) es necesario que concurran los siguientes requisitos: obligaciones de contenido sinalagmático; incumplimiento por parte del deudor de todas o algunas de dichas obligaciones; cumplimiento por parte del actor de lo que le incumbe; posición psicológica firme del deudor de incumplir con su cometido obligacional. Pero además, hay que tener en cuenta la plena aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.166 del mismo texto legal, en cuanto proclama el principio de que no se puede obligar al acreedor a recibir una prestación distinta a la pactada, aunque así lo pretenda el deudor, pero como en todo principio, siempre hay un límite, que sería en todo caso el constituido por el llamado doctrinalmente «límite de tolerancia», a partir del cual se podría dar efectividad a una prestación diferente, cualitativa o cuantitativamente, pero que siempre se desenvolvería en unos parámetros mínimos.

También en el presente caso hay que invocar la doctrina derivada de la jurisprudencia de la Sala que determina que el incumplimiento obligacional, desde un punto de vista casacional, es evidentemente una *questio facti* claramente marcada por el Tribunal de instancia, y del *factum* de la sentencia recurrida se desprende que la parte recurrente adquirió una remesa de relojes en la creencia de que eran de una marca de gran prestigio internacional, pues así se había convenido, y recibió, en su lugar, otra que era de relojes transformados para dar la apariencia de la referida marca y que, por ello, no tenía la cobertura de la garantía internacional. Con ello, la parte recurrente no ha cumplido con lo que le incumbía respecto a su relación contractual con la parte recurrida de una manera consciente y firme, por lo que ésta parte ha optado por el ejercicio de la acción resolutoria, porque además el margen de la prestación ofrecida con relación a la que se debiera ofrecer (*aliudpro alio*) rebasa los límites de la llamada «teoría de la prestación diferente».

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS. RECONOCIMIENTO DE DEUDA. (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Fuengirola, en Sentencia de 12 de marzo de 1992, estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.^a), en Sentencia de 4 de diciembre de 1992, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera.

Doctrina de la Sentencia.—En la presente litis la prueba aportada a los autos acredita la existencia de una relación contractual, aunque verbal, entre el demandante y la sociedad demandada encuadrable dicho contrato en la categoría de arrendamiento de servicios que tenía por objeto los que el primero habría de prestar a la segunda en su condición de arquitecto; la existencia de dicho contrato surge no sólo de las manifestaciones de los testigos que se recogen en la sentencia de primera instancia, testigos que en la época del contrato eran socios de la sociedad demandada e intervinieron en los tratos y conversaciones habidos entre las partes sino, y más fundamentalmente, de la carta en la que la demandada reconoce adeudar al actor una determinada cantidad en concepto de honorarios profesionales y se la

remite por conducto bancario; ello constituye un acto propio de la recurrida en el sentido que a esta figura jurídica atribuye la jurisprudencia de ser un acto que «por su carácter trascendental o por constituir convención causa estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir un derecho», y su fuerza vinculante para la parte no puede ser desvirtuada por las alegaciones que acerca de los motivos por los que se ofreció el pago de aquella cantidad se hacen en la contestación a la demanda, ajenos a toda idea de hacer pago al actor de unos honorarios debidos. Existente así entre las partes un contrato de arrendamiento de servicios, surge la controversia respecto adonde esos servicios se extendían. En los autos no existe prueba alguna que abone la tesis de la actora acerca del objeto de los servicios requeridos por la parte demandada, ya que no puede considerarse como tal los documentos acompañados con la demanda en que se recoge un Proyecto Básico y la documentación pertinente, ya que su realización por el actor no prueba si ello fue o no el objeto del encargo.

En base a lo visto se ataca la sentencia *a quo* en cuanto declara no compartir los razonamientos relativos, por un lado a dar valor a la viciosa práctica de realizarse proyectos sin la previa hoja de encargo, toda vez que siendo un deber reglamentario suscribir la hoja de encargo, el uso alegado aún cuando fuese cierto, no puede admitirse contra la norma, debiendo en todo caso y conforme a lo dispuesto en el artículo 1.214 del Código Civil, la parte que así concertó el proyecto soportar la carga probatoria. Al exigir así la Sala de instancia que el contrato de arrendamiento de servicios celebrado entre un arquitecto y su comitente ha de constar por escrito en la llamada «hoja de encargo», ésta, desconociendo la reiterada jurisprudencia de esta Sala en sentido contrario, pues el principio espiritualista que rige nuestro sistema de contratación no impide la exigencia de forma alguna para la validez de los contratos que «serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que concurran las condiciones esenciales para su validez», de lo que se desgaja que no puede afectar a la validez del contrato el no cumplimiento de las complementarias formalidades escritas de orden administrativo, garantizadoras de la observancia de ciertas exigencias cuyo incumplimiento por decisión unilateral de una de las partes no puede dejar a la otra sin posibilidad de reclamar su derecho a la compensación debida, la oportuna «hoja de encargo» sólo es una mera formalidad dirigida a acreditar la previa existencia de un concierto entre el arquitecto en cuestión y el dueño de la obra, y consiguientemente, la falta del referido requisito no provoca la invalidez del contrato, pero no lo interpreta así la sentencia recurrida por apreciar error de derecho en la valoración de la prueba documental privada.

CUESTIÓN DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA. CLAUSULA DE SUMISIÓN EXPRESA. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

Se suscita la cuestión de competencia por inhibitoria entre los Juzgados de Primera Instancia número 52 de Madrid (auto de 19 de diciembre de 1995), y 7 de los de igual clase de Murcia (auto de 27 de septiembre de 1995). Así las cosas, se declara competente el Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Murcia para el conocimiento del Juicio Declarativo de Cognición.

Hechos.—En el Juzgado de Primera Instancia número 52 de los de Madrid, la entidad «Zardoya Otis, S. A.», interpone con fecha 13 de junio de 1995, una demanda de cognición, dirigida contra la Comunidad de Propietarios de una casa de Murcia, en la que se postula el cumplimiento de un contrato de abono, en virtud del cual la entidad demandante se comprometía mediante un precio, a prestar el servicio de mantenimiento del ascensor situado en el edificio propiedad de la Comunidad demandada.

Emplazada la Comunidad demandada con fecha 10 de julio de 1995, presenta dentro del plazo ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Murcia, escrito proponiendo cuestión de competencia por inhibitoria, al entender que corresponde la competencia territorial a los Tribunales de Murcia, lugar donde tiene su domicilio el demandado, donde se ha prestado el servicio y donde se celebró el contrato. El Juzgado número 7 de los de Murcia, requiere la inhibición al de Madrid manteniendo su competencia.

Doctrina de la Sentencia.—La cláusula de sumisión expresa, en base a lo determinado por las Directivas de la Comunidad Económica Europea, y que figura en el contrato de adhesión, ciertamente hemos de decir que es abusiva, pues origina un desequilibrio para los usuarios de los servicios de mantenimiento de los ascensores, usuarios distribuidos por toda España, obligándoles a defenderse y litigar en Madrid, con la consiguiente dificultad en cuanto a su representación procesal, proposición y práctica de prueba, desplazamientos, etc.; y un correlativo benéfico para la entidad ahora demandante.

El Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de esas normas dejando inaplicada, si es preciso, y por su propia autoridad cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin que sea necesario solicitar o esperar la eliminación previa de esta última, por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional. El Tribunal llegó a decir que el ordenamiento comunitario engendra derechos en favor de los particulares que las autoridades internas deben proteger, y que, cualquier disposición contraria del derecho nacional les resulta inaplicable. Por todo lo que se acaba de exponer, y previa declaración abusiva de la cláusula de sumisión expresa que se debate, la Sala decide la competencia para conocer de la presente reclamación en favor del Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Murcia, y poniendo lo resuelto en conocimiento del de Madrid.

OBLIGACIÓN DE PAGO DE UNA CANTIDAD DE DINERO. ARTICULO 1.108 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 16 de Valencia, en Sentencia de 12 de junio de 1991, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 7.^a), en Sentencia de 12 de diciembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

Prospera en parte el recurso de casación.

Hechos.—Demanda interpuesta por la contratista Proyectos de Hormigón, S. A. (Prohosa) contra la promotora Nuestra Señora de Belén, Cooperativa Valenciana de Viviendas, en la que aquélla reclama la suma de una cantidad

más los intereses legales como saldo final de las relaciones económicas habidas entre las partes, a cuya demanda se opuso la demandada que además reconvino.

Doctrina de la Sentencia.—En la presente litis la *única* denuncia que se recoge es la infracción del artículo 1.108 del Código Civil, que literalmente es como sigue: si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistiría en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal. Se hace constar en los autos que en la demanda se reclama por el principal la suma que justamente es aceptada por ambas sentencias, si bien no se acoge el pedimento adosado «más intereses legales», porque según la Audiencia, ello lo impide tanto porque ese impago no se puede juzgar aisladamente del crédito reconvencional y porque haría de peor condición la misma pretensión negada al reconviniente, que son razones no atendibles en acatamiento del citado artículo 1.108, pues es claro que no satisfecha la suma reclamada por el demandado, la mora reprobable lleva consigo ese recargo, sobre todo, cuando se cuantificó la misma *ab initio*, y así se reconoció en sentencia, sin que el evento de la compensación que se declara por la así misma estimación parcial de créditos no cuantificables a favor de la demandada, sea un óbice al respecto, porque el crédito de la actora se vería ciertamente incrementado con ese legítimo derecho a los intereses devengados por el principal reclamado, y sin que tampoco se atiende el alegato último de la sentencia sobre la desventaja de la demanda.

ENTREGA DE COSA DETERMINADA. ¿QUIENES QUEDAN SUJETOS A INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS? (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Torrelavega, en Sentencia de 12 de febrero de 1992, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Santander (Sección 2.^a), en Sentencia de 17 de diciembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—La Compañía Mercantil «Germán Marcos, S. A.», y la Intervención Judicial designada en el expediente de suspensión de pagos, demandan y solicitan la declaración en sentencia de que, en virtud del negocio fiduciario existente, la finca que fue adquirida por los demandados pertenece en realidad a la demandante.

Doctrina de la Sentencia.—El negocio fiduciario consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor del otro, llamado fiduciario, para que éste utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista, y esta Sala ha proclamado reiteradamente que, cuando no envuelve fraude de ley, el contrato explicado es válido y eficaz, y de ahí que el planteamiento de la recurrente —sobre que el incumplimiento por el fiduciario de su promesa obligacional no derivará en la pér-

dida de la titularidad atribuida por un negocio transmisivo seguido de *traditio*, como sucedería en un pacto de retro, sino que éste sólo responderá del incumplimiento de la obligación según lo establecido en los artículos 1.096 y 1.101 del Código Civil—, no sirve como apoyo de la indemnización sustitutiva, pues, de una parte, el artículo 1.096 compatibiliza la ejecución forzosa con la compensación de daños y perjuicios a elección del acreedor y, de otro, la recurrida, en uso de la opción expresada, ejercitó en el pleito una acción reivindicatoria con la asistencia de los requisitos jurisprudencialmente exigidos para su éxito, a saber: la titularidad de la propiedad, la reclamación contra quién tenía la cosa en su poder, la inexistencia de derecho en la otra parte contra el dueño para retener el bien, y la debida identificación de la cosa, y lo hizo con el objetivo de recuperar el dominio, en realidad nunca perdido en virtud de la fiducia *cum amico* incrustada en la relación de confianza por la conducta del fiduciario, tenía aptitud legal para el ejercicio de dicha acción.

La sentencia recurrida considera la venta efectuada en escritura pública como de cosa ajena y nula, por esta razón y al desechar la tesis de la doble venta, aprecia la existencia de un contrato fiduciario *cum amico* al probarse la certeza y eficacia de la compraventa por parte de la recurrida y la simulación de la referente a los recurrentes, mediando entre ambos negocios jurídicos el nexo de confianza propio de los vínculos familiares y de los derivados de ser socios de la misma entidad, en que precisamente radica la causa de dicho negocio, y, esta Sala tiene reiteradamente sentado que no es lícito en casación partir de una premisa dialéctica que ha sido destruida conforme al estado de hecho declarado en la instancia, mediante la aplicación del ordenamiento jurídico correspondiente a tales hechos, situación no desvirtuada en el recurso por lo que, en definitiva, se viene haciendo supuesto de la cuestión y corresponde señalar que la vulneración de esta doctrina se sanciona con la inadmisión del recurso por carencia manifiesta de fundamento.

LA ACCIÓN INTERDICTAL. (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Fuengirola, en Sentencia de 19 de mayo de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.^a), en Sentencia de 23 de diciembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera.

Hechos.—Una entidad mercantil demanda a una Comunidad de Propietarios solicitando sea condenada al pago a la actora de una indemnización. La *causa petendi* la concreta la actora en los daños sufridos como consecuencia de la paralización de las obras que efectuaba según licencia municipal, debido a la interposición de interdicto de obra nueva que fue desestimado por el Juzgado de Primera Instancia por apreciar la excepción de incompetencia de jurisdicción que la Audiencia también desestimó.

Doctrina de la Sentencia.—En el presente caso la demandada ejercitó la acción interdictal sin el cuidado o negligencia debido para evitar el resultado totalmente previsible (daño por paralización de las obras), detallando los hechos de los que se infiere el calificativo del actuar jurídico de la actora, es decir, la

Comunidad acudió a la vía interdictal en defensa de unos intereses meramente reflejos de una determinada ordenación urbanística, no de ningún derecho subjetivo, con plena conciencia, que tuvo o debió tener, de las consecuencias de una paralización inmediata de unas obras y de que para atacar la supuesta ilegalidad de las mismas que amenazaban tales intereses tenía que combatir la legalidad de la licencia a cuyo amparo se ejecutaban. Por su parte, los daños que se hayan producido han de repararse siempre que haya intervenido culpa o negligencia por imperativo del artículo 1.902 del Código Civil, pero no toda desestimación de la demanda es prueba por sí misma del actuar negligentemente ni puede coaccionarse psíquicamente con la amenaza de un pleito de responsabilidad civil a quien cree honestamente tener derechos que ejercitar o defender para que no acuda a la vía jurisdiccional, se vulneraría el derecho que consagra el artículo 24 de la Constitución Española a la tutela efectiva de los derechos, pues en ninguna materia como en ésta es exigible al juzgador la máxima consideración a las circunstancias del caso, pero tampoco la vulneración de los derechos de quien ha sufrido injustamente un proceso.

En el caso de autos es clara la falta de cuidado, la negligencia, en suma, con la que procedió la Comunidad demandada, pues el interdicto de obra nueva que planteó contra la recurrente, no tenía por objeto la protección de ningún derecho que le correspondiese sino por estimarse que la licencia de obras concedidas por el Ayuntamiento para la construcción de los inmuebles que se reseñaban en la demanda era contraria a la normativa urbanística, implicando una pérdida de la privacidad que rompe o altera el equilibrio invadiendo un espacio libre de edificación, una apropiación privativa de un espacio común de toda la urbanización dedicado a zona verde, porque aún cuando la construcción del inmueble no se sitúa directamente sobre la misma, sí implica una limitación funcional de su contenido y finalidad concebido por el planteamiento urbanístico, y porque la construcción, tal como se está realizando, comporta una limitación ilegal del paisaje del inmueble. Pero es evidente que no hay ningún derecho amenazado o infringido por la licencia de obras, más bien se trataba de un problema administrativo el suscitado por la Comunidad para cuya resolución era completamente inadecuada la vía civil a fin de debatir la legalidad o ilegalidad administrativa de la licencia, y, en consecuencia, de las obras que se efectuaban. Tan es así, que la propia Comunidad, antes del planteamiento del interdicto, acudió a la correcta vía administrativa y contencioso-administrativa para obtener la revocación de la licencia. El ejercicio de la acción interdictal se revelaba como completamente inútil desde el punto de vista jurídico, y así lo vio con todo acierto el Juzgado de Primera Instancia al desestimarla por incompetencia de jurisdicción, que fue desacertada y erróneamente revocada por la Audiencia, que incomprensiblemente entró a conocer sobre la legalidad de la licencia de obras, estimándola ajustada al ordenamiento urbanístico y desestimando también el interdicto.

EL PRINCIPIO «IN ILLIQUIDIS NON FIT MORA», (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alcoy, en Sentencia de 24 de febrero de 1992, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4.^a), en Sentencia de 21 de diciembre de 1992, estima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación en el sentido de fijar el inicio de los efectos de los artículos 20 y 30 de la Ley de Contrato de Seguro a partir de la notificación de esta resolución.

Doctrina de la Sentencia.—En el caso que nos ocupa se infringe por aplicación indebida el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguros. Este motivo debe ser estimado con trascendentes matizaciones, pues, por un lado, pretender que el recargo del 20 por 100 de intereses moratorios, que establece el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguros de 8 de octubre de 1980, no es aplicable con base a que el Consorcio de Compensación de Seguros no es una Sociedad Anónima, sino un organismo de Administración Pública institucional, es una hipótesis insostenible desde el punto de vista del derecho fundamental de igualdad, y, por otro lado, es errónea la aplicación que del mencionado artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguros se hace en la sentencia recurrida. Es aquí donde surge la matización que se realiza con base al principio *iura novit curia*, y que se habla de error, puesto que se contradice en la sentencia recurrida, lo que ya constituye doctrina jurisprudencial de la Sala, y podrían citarse numerosas sentencias, pero únicamente vamos a aludir a la de 12 de mayo de 1993, la misma nos sirve de ejemplo, puesto que establece que la normativa contenida en los artículos 20 y 38.9 de la Ley de Contrato de Seguros de 8 de octubre de 1980, ya citada, está afectada por el principio *in illiquidis non fit mora*, o sea, cuando la cantidad a indemnizar no está fijada contractualmente y la misma no tiene el carácter de inatacable, situaciones ambas que se dan en la presente cuestión, por lo que será precisa una determinación previa cuantitativa por el correspondiente órgano jurisdiccional en su adecuado y exacto alcance, y sólo a través de una sentencia inatacable, y es ese el momento cuando pueda surgir la mora determinante de abono de interés, y surgirá dicho fallo inatacable.

DECLARACIÓN DE VALIDEZ DE COMPRAVENTA EN DOCUMENTO PRIVADO CON ENTREGA DE POSESIÓN FRENTE A SEGUNDA VENTA POSTERIOR DEL INMUEBLE EN ESCRITURA PÚBLICA INSCRITA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. INFRACCIÓN DE LOS ARTÍCULOS 1.500, 1.501 Y 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL Y 33 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Murcia, en Sentencia de 20 de abril de 1989, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1.^a), en Sentencia de 25 de mayo de 1992, estima el recurso de apelación.

Prospera en parte el recurso de casación.

Hechos.—No puede concederse validez a la compraventa efectuada por el Apoderado de una entidad cuando el mismo carece de representación de la mercantil propietaria tanto porque sus poderes no estaban inscritos como porque las facultades representativas derivadas de una modificación estatutaria tampoco han tenido reflejo registral necesario; por lo tanto, si dicha compraventa no es válida no procede declarar la nulidad de las otras compraventas efectuadas por dicha entidad vendedora, frente a cuya decisión se interpuso el correspondiente recurso de apelación por la actora y que se resolvió por

sentencia estimando el mismo, en el sentido de que la falta de inscripción en el Registro Mercantil de los poderes concedidos por la Sociedad demandada no puede esgrimirse por la misma ni por el Apoderado como causa de nulidad frente al comprador, el cual sí podrá fundar en ello su pretensión en cuanto le favorezca, pues añade que la omisión de la inscripción de los poderes no produce la nulidad de los actores y contratos realizados por el mandatario.

Doctrina de la Sentencia.—La potenciada denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 1.500, 1.501 y 1.504 del Código Civil, así como al artículo 33 de la Constitución Española, efectuada por la Sala en este nuestro caso, al no haber pagado, ni intentado siquiera, ni consignado el precio de la cosa vendida al comprador, y, no obstante, adjudicar la sentencia recurrida las propiedades al demandante, prospera, ya que la propia Sala afirma que aún cuando no se hubiese pagado la totalidad del precio por parte del actor, ello no es óbice para que se considerase perfeccionada la compraventa, según se especifica literalmente por la misma, disponiendo «que no se haya pagado la totalidad del precio no es obstáculo para considerar perfeccionado el contrato de compraventa entre las partes», por lo que procede la declaración consiguiente en que por el comprador recurrido se abone la suma pendiente de pago del precio convenido a la vendedora, concluyéndose, con la estimación del recurso en su parte dispositiva y demás efectos derivados. La recta convicción de razonamiento decisorio de la sentencia apelada parte, justamente, de supuestos jurídicos distintos, es decir, de la validez de la primera compraventa y de la inviabilidad de la segunda, por lo cual (y con independencia de que por las fechas de una y otra no sea absolutamente de pureza dogmática, la aplicación de la técnica de la *doble venta*), lo cierto es que se llega a la misma conclusión, si se parte, como tiene dicho la Sala, que cuando se difiere en un lapso considerable entre una venta y otra, el supuesto litigioso no deberá resolverse por el juego del artículo 1.473 sino fundamentalmente por el principio fundamental del *nemo dat quod non habet*, o sea, que la segunda venta se produce ya cuando se carece de facultad dispositiva sobre el objeto de dicho negocio.

Se diferencian en el estudio de la sentencia que nos ocupa los recursos interpuestos por las distintas partes y que pasamos a ver: El interpuesto por los codemandados: en el que no se resuelve la acumulación solicitada por el actor, la denuncia es inconsistente ya que el recurrente carece de interés para articularla, porque era una petición que afectaba al actor que se aquietó en su momento a la decisión cualesquiera que fuese del Tribunal; la posible inviabilidad del contenido de los poderes al no estar inscritos, sólo puede afectar al tercero en cuanto le perjudique pero no en aquello que le beneficie, siendo, en definitiva, una carencia que en todo caso, puede proyectarse con valor exclusivo entre las partes, apoderante y apoderado; se aduce error en la apreciación de la prueba, concurrencia de condición de terceros hipotecarios, y que si se trata de una doble venta, es evidente que la preferencia les corresponde a ellos por haber inscrito su derecho en el Registro, pero no es de recibo lo dicho pues las denuncias que tratan de resaltar los errores de puro hecho, son inviables en casación después de la propia reforma de la Ley 10/1992, de 30 de abril; en cuanto a la afirmación sobre la buena o mala fe del adquirente que ha de ser considerado en el momento de la adquisición, prevalece la buena fe por su parte, en torno a la acusación que pretende desvirtuar la mala fe de los recurrentes y considerar que se trata de terceros hipoten-

tecarios, tampoco puede prevalecer frente a la taxativa afirmación que en su lugar se ha hecho constar por la Sala, la cual también prevalece como auténtica *questio facti*, sin que tampoco sea atendible el alegato sobre la prueba de presunciones, ya que, en caso alguno, se ha utilizado por la Sala sentenciadora, sino que se demuestra cómo, efectivamente, los recurrentes al adquirir su dominio conocían la preexistencia del actor, con lo que su evidente mala fe queda constatada.

El interpuesto por la entidad: al declarar la validez del contrato privado de compraventa, describiéndose las fincas registrales que no fueron objeto de petición concreta en la demanda, lo significativo es la validez que se declara del contrato de compraventa, que es la base de la pretensión del actor, con independencia de que se concrete su contenido referido a la compraventa de los terrenos o fincas que se mencionan; al declarar también la adquisición de la propiedad de la finca no se puede estimar, pues es esto un efecto derivado de la propia validez y eficacia consagrado en el propio contrato de compraventa base de la controversia; la infracción que refiere que el contrato celebrado en nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, la denuncia proviene por haber dado validez a un contrato en el que no intervino mandante, en realidad la cualidad de representante del apoderado de la recurrente está suficientemente constatada en los autos reiterándose que pese a su no inscripción en el Registro, al ser aspecto que beneficia al tercero, debe la misma prevalecer en su proyección negocial; la infracción al artículo 1.261 del Código Civil, que dispone que no hay contrato válido sin el objeto cierto que sea materia del contrato es irrelevante, pues su falta implicaría el correspondiente reajuste en la vía administrativa sin afectar a la esencia sustantiva del proceso; y la denuncia al párrafo 2 del artículo 1.473 del Código Civil, que determina que al ser inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro tampoco prospera, ya que la propia Sala ha fundamentado al haberse acreditado la mala fe con que actuaron los segundos compradores por el conocimiento que tenían de la preexistencia dominical de las fincas.

El tercer recurso interpuesto pese a incurrir en el desvío de postular sobre el fondo una declaración judicial de la inexistencia de la primera compraventa no se ha incorporado reconvencionalmente y determina lo siguiente: su omisión puede provocar se decrete la correspondiente nulidad de actuaciones al carecer *per se* de entidad suficiente para abocar se haya producido una indefensión a los derechos de la recurrente; la no notificación en caso alguno puede tener entidad suficiente para derivar en qué se ha producido indefensión al recurrente por cuanto la denuncia se ampara en que esa falta de notificación impidió al recurrente ejercitar su derecho a recurrir, y se permitió la traída en autos de documentos cuya existencia era conocida por el demandante y que fue la base de su recurso; la mercantil no vendió ni dio posesión de las fincas litigiosas al demandante a pesar de lo cual la sentencia recurrida declara que el demandante adquirió la propiedad de las fincas y no puede prevalecer tanto por el título de adquisición como por la posesión posterior de la finca; el contrato objeto de la demanda es nulo, porque en nombre de la presunta vendedora, intervino un tercero que no estaba autorizado ni tenía la representación legal de la propiedad de las fincas; la sentencia impugnada condena a la demandada a otorgar escritura pública sin recibir contraprestación; la sentencia recurrida establece un hecho incierto, cual es la presunción de mala fe en la conducta de las partes.

LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES. EL EJERCICIO DE LA TRANSMISIÓN DE LA TITULARIDAD. (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 del Ferrol, en Sentencia de 2 de mayo de 1990, desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de La Coruña (Sección 1.ª), en Sentencia de 20 de junio de 1992, confirma la apelada.

El recurso de casación triunfa.

Hechos.—Demanda interpuesta por la viuda e hijos del causante contra el codemandado —sobrino del mismo—, articulándose por parte de la actora la acumulación de dos acciones que se dirigen contra los mismos demandados: una con base en que los actores ostentan la cualidad de herederos legítimos de su padre; la otra, es el carácter que se esgrime de titular de la sociedad de gananciales por parte de la viuda del causante, y asimismo madre de dichos codemandados. El difunto tenía diversas cuentas y depósitos en el Banco, estas cuentas y depósitos en un primer momento están puestas a nombre de él mismo y de uno de sus hijos, pero luego antes de morir y cuando estaba en trámites de separación conyugal, su titular resultó ser el demandado sobrino del difunto y éste sólo aparecía en las mismas como autorizado para disponer. De aquí se deduce que el importe de las citadas cuentas abiertas en el Banco ya no formaban parte de la masa hereditaria, pues la autorización concedida al difunto para disponer de ellas no es un derecho transmisible.

Doctrina de la Sentencia.—Se ejercitan dos acciones: *una*, contra la Entidad depositaria de los fondos, y *otra*, con quien aparece como titular; la primera se ha de rechazar, pues no cabe condenar a dicha entidad a restituir a quien no figura como titular de aquella, ni como portador de los resguardos de depósito, pues el único depositante fue el causante, jamás el codemandado (su sobrino) tuvo titularidad sobre los mismos, que tampoco tuvo poder para actuar en nombre del mismo y en ningún caso el hecho de que aparezca como titular el codemandado le puede convertir en titular de la indemnización, éstas son circunstancias que, en caso alguno, pueden prevalecer, por cuanto no están acreditadas en autos, pues son meras opiniones de parte interesada y, sin preferencia sobre las que se especifican que tan acertadamente elude, por no ser objeto del litigio, compulsar la corrección o no del acto traslativo previo. No se prueba tampoco el carácter ganancial que se invoca, ni (esto vale también para el supuesto de sucesión *mortis causa*) se demuestra que al tiempo del fallecimiento del causante, tal capital formase parte del patrimonio del mismo (pues, ya entonces el titular único del depósito no era codemandado), muy al contrario, el acto de transmisión del fallecido en favor de su sobrino tuvo lugar con antelación a su óbito. La Sala no entra a valorar la naturaleza de la transmisión operada, pues fuere cual fuere el éxito de la acción entablada vendría condicionado a la previa anulación del referido acto traslativo.

NULIDAD DE VENTA. PRINCIPIOS «IURA NOVIT CURIA» Y «DA MIHI FACTUM, DABO TIBI IUS». CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA. (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Toledo, en Sentencia de 26 de junio de 1992, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2.^a), en Sentencia de 23 de diciembre de 1992, desestima los recursos de apelación interpuestos.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Los esposos don Teodoro Herrera Martín y doña Rosario Sánchez-Ferrer López obtuvieron préstamos de diferentes entidades en los que figuraban unos fiadores solidarios. Mediante escritura pública otorgada, dichos cónyuges venden a su hijo un piso, cuya inscripción constituía la tercera en el Registro de la Propiedad correspondiente, y sobre la que el adquirente constituyó posteriormente una hipoteca. Vencidos los préstamos expresados, como los deudores principales no abonaron su importe, las entidades crediticias lo reclamaron a los fiadores, que los satisficieron. A los citados cónyuges y a su hijo se les condena como autores de un delito de alzamiento de bienes. Por su parte, los hijos de los avalistas promueven demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra los partícipes del contrato reclamando entre otros pedimentos, la nulidad de la venta del piso referido y su inscripción.

Doctrina de la Sentencia.—La presente litis analiza que la decisión del Juzgado, después asumida por la de apelación, determina que el contrato litigioso, afectante al piso reseñado, lo es sin causa, debido a que los deudores, aparte de otros actos de evasión patrimonial, con derivaciones penales, como en éste, para los partícipes, vendieron dicho inmueble a su hijo sin que haya constancia de la entrega del precio, con el propósito de no hacer frente a las deudas contraídas con los avalistas, y se está ante un caso de simulación de la compraventa, es decir, de inexistencia o nulidad de pleno derecho, cuyo convenio carece de los tres requisitos de la causa de los contratos: *existencia, licitud y veracidad*, requisitos que son necesarios para su validez y, por ende, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1.275 y 1.276 en relación con el 1.261.3, todos del Código Civil, es ineficaz y no produce efecto alguno, lo que, como señalan aquellas resoluciones, determina su nulidad y, además, no hay que olvidar que la calificación del negocio jurídico verificada por las partes no vincula a los Tribunales de instancia en atención a los principios *iura novit curia* y *da mihi factum dabo tibi ius*, ya que no están sujetos, en los razonamientos que sirven de motivación al fallo, a las alegaciones de aquéllas, y pueden aplicar normas diferentes de las invocadas e, incluso, otras no citadas, salvo que supongan una alteración de la *causa petendi*, o cuando se produzca indefensión, cuyos supuestos de exclusión no acaecen en este caso.

Según tiene declarado la Sala, la congruencia se aprecia mediante la comparación del suplico de los escritos alegatorios con el fallo de la resolución y en nuestro caso no se produce un desajuste entre el fallo y los términos de las pretensiones formuladas por las partes, al no concederse más, menos o algo distinto de lo pedido.

LOS DEBERES DE VIGILANCIA Y CUIDADO SOBRE LOS MENORES EN UN CENTRO ESCOLAR. LA CONDUCTA NEGLIGENTE. (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Sebastián, en Sentencia de 21 de septiembre de 1992, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección 1.ª), en Sentencia de 27 de mayo de 1993, desestima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—En el transcurso de una discusión entre dos niños menores que se encontraban en clase, uno de ellos le clava al otro una chapa redonda con imperdible que portaba. Como consecuencia de esta acción el menor fue tratado, presentando herida perforante en el globo ocular con catarata traumática y edema estromal, habiéndosele de practicar intervención quirúrgica.

Doctrina de la Sentencia.—En nuestro caso el hecho de que en la sentencia recurrida se tengan como no probados ciertos extremos fácticos no supone que se estén valorando pruebas no practicadas como parece entender la recurrente en su expresión «y es más, aludiendo a pruebas no practicadas», siendo así que con ello no se hace mención expresa de ningún concreto medio de prueba. Cumple la sentencia *a quo* el requisito de la motivación, pues se ha de contener por las mismas el proceso lógico jurídico que conduce a la decisión del pleito y no la necesaria pormenorización y exposición precisa de normativa legal cuando la misma se aplica y se tiene en cuenta, y así establece la jurisprudencia de la Sala que no hay precepto que exija una constatación pormenorizada o investigación o examen de cada una de las pruebas y basta que de su análisis se extraiga con convicción un resultado que puede ser fruto de la conjunción de dichos elementos probatorios, pues unos pueden no coincidir o contradecir a otros, por lo que dando, como en este caso acontece, las razones y fundamentos que se estiman procedentes para el fallo final, se cumplen las reglas hermenéuticas necesarias para otorgar la tutela jurídica efectiva que es constitucionalmente obligatoria en la actuación jurisdiccional. Esto no quiere decir, obviamente, que la tutela judicial efectiva lleve aparejada la necesidad de dar la razón a quien estima que se le ha causado indefensión y falta de tutela judicial efectiva, pues ambos contendientes tienen idénticos derechos a ella. Asimismo ha declarado esta Sala que no es de exigencia legal imperativa, y por ello no ocasiona incongruencia, la necesaria invocación de preceptos, cuando se tienen en cuenta, al pertenecer al ámbito de las facultades del órgano sentenciador la aplicación de las normas jurídicas que corresponden al supuesto discutido (*iura novit curia*), pues lo que viene a ser eficaz es el criterio doctrinal que se sienta como precedente y base del fallo. La infracción que aquí se denuncia requiere que se haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia en que se hubiese cometido y que, de haberlo sido en la primera instancia se reproduzca en la segunda, con la salvedad, en cuanto a las faltas contenidas en segunda instancia, de que fuere ya imposible la reclamación.

Cuestionada en el motivo la declaración absolutoria de la madre de la menor causante de las lesiones, tal pronunciamiento ha de ser mantenido, pues probado en autos que las lesiones se produjeron en el aula del colegio al que asistían ambos menores, estando bajo la vigilancia de dos profesoras, la madre de esta menor no ejercía ni podía ejercer en ese momento sus funciones de vigilancia sobre su hija, ya que desde el momento de la entrada en el centro hasta su salida del mismo al finalizar la jornada escolar, esas

funciones de vigilancia se traspasan a los profesores y cuidadores del colegio, por ello no puede atribuirse culpa alguna a esta persona en la producción del evento.

En autos queda probado que las lesiones sufridas por el menor lo fueron al clavársele en el ojo el alfiler del broche o chapa que en forma de imperdible llevaba la niña, al golpearle con él o arrojárselo, no son aceptables las razones que se exponen en la sentencia recurrida de que se trata de niños de cuatro años, pues traspasados al colegio demandado, desde su entrada en el mismo, los deberes de vigilancia y cuidado sobre los menores, ha de apreciarse en el caso una omisión de ese deber de vigilancia en los profesores del centro, deber que, dada la edad de los alumnos (cuatro años), debió ser extremada; tal omisión se produjo al permitir que la alumna llevase un broche de esas características compuesto de un elemento punzante que si, en poder de personas mayores carece de peligrosidad, no así en manos de un niño de cuatro años que con su actuación irreflexiva puede causarse lesiones a sí mismo o a un tercero, como ocurrió al surgir la disputa, no imprevisible, entre los niños y de la que las dos profesoras que estaban en la clase ni siquiera se aperci-bieron aunque sí otros alumnos. Por todo ello ha de afirmarse la existencia de una conducta negligente en las profesoras, conducta que determina la responsabilidad del centro de enseñanza demandado de acuerdo con el artículo 1.903 del Código Civil y la consiguiente obligación de resarcimiento de los daños causados al alumno.

EL VICIO DE INCONGRUENCIA. RELACIÓN DE CAUSALIDAD. (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valencia, en Sentencia de 4 de abril de 1991, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.^a), en Sentencia de 30 de diciembre de 1992, estima el recurso interpuesto y revoca parcialmente también la sentencia.

Ha lugar a la casación parcial de la recurrida sentencia.

Hechos.—Con relación a una serie de sucesivas ventas de mercaderías, una entidad mercantil (vendedora) promueve contra otra también mercantil (compradora) y contra los administradores, un proceso en el que ejercitando, acumuladas, sendas acciones de reclamación del pago del precio de venta de dichas mercaderías y de responsabilidad de los referidos administradores postula se dicte sentencia por la que se condene solidariamente a los code-mandados.

Doctrina de la Sentencia.—En este caso y según se fundamenta al consistir la congruencia de toda sentencia en la correspondencia o adecuación de su pronunciamiento o «fallo» con el *petitum* de la demanda, en relación con la *causa petendi* de la misma, es evidente, y así lo tiene declarado reiterada y notoria doctrina de la Sala, que incurre en vicio de incongruencia aquella sentencia que, con patente y recusable alteración de la *causa petendi*, basa su declaración de responsabilidad de los administradores codemandados, aquí recurrentes, en el hecho de haber formulado los pedidos de mercadería a la entidad demandante a sabiendas de que la demandada, por su mala situación económica, no podría atender al pago de los mismos, cuando dicho hecho no

había sido aducido por la entidad demandante como soporte fáctico (*causa petendi*) de su demanda ni, por tanto, debatido en el proceso, cuyo hecho, además, no ha podido haberse producido, toda vez que los administradores demandados, aquí recurrentes, fueron nombrados, como tales administradores, en Junta Universal de accionistas. Los recurrentes aducen que entre la conducta de ellos y el daño que dice haber sufrido la entidad actora no existe nexo causal alguno, ya que, por un lado, ellos no formularon a la entidad actora el pedido de las mercancías y, por otro el que dicha entidad no haya cobrado el precio de tales mercancías no ha dependido de que ellos no promovieran la declaración del estado de suspensión de pagos o de quiebra de entidad compradora, en realidad, para que proceda la exigencia de responsabilidad a los administradores se requiere inexcusablemente que entre los actos de los administradores y el daño sufrido por los socios o terceros exista una clara y directa relación de causalidad, o, lo que es lo mismo, que los actos que se dicen realizados con malicia, abuso de facultades o negligencia grave por los administradores sean los que han lesionado directamente los intereses de socios o de terceros. En el presente supuesto litigioso no concurre este expresado requisito de la ineludible relación de causalidad porque los codemandados administradores, aquí recurrentes, no formularon pedido alguno de mercaderías a la entidad actora, además, el artículo 81 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 exige lesión directa (los denominados «daños primarios») a los terceros por actos de los administradores, lo que no se ha producido en nuestro caso, pues el hecho de que éstos no promovieran temporáneamente la declaración de la codemandada entidad compradora en estado de suspensión de pagos o de quiebra, no ha sido la determinante directa de que la entidad actora no pudiera cobrar el precio de las mercaderías vendidas, sino que ello fue debido exclusivamente al estado de insolvencia en que, con declaración de quiebra o sin ella, se hallaba la deudora codemandada, lo que impedía el pago de sus deudas a sus numerosos acreedores, aparte de que en Junta, la referida sociedad acordó su entrada en período de liquidación.

EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Bilbao, en Sentencia de 28 de enero de 1992, estima la excepción dilatoria de la falta de reclamación previa en la vía administrativa. La Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 1.^a), en Sentencia de 13 de noviembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—El relato fáctico que da origen a la presente litis es el siguiente: Un menor de trece años de edad, acompañado de otros tres amigos de semejante edad, acudieron a un establecimiento comercial abierto al público, donde adquirieron unos artificios pirotécnicos. En el patio del colegio los menores prendieron fuego a dicho artificio, retirándose de su proximidad todos ellos salvo este menor, aunque el ingenio pirotécnico era de la mínima potencia, produjo al citado menor lesiones en el ojo derecho que tardaron en curar 69 días, necesitando posteriormente una intervención quirúrgica, habiéndole quedado como secuela la pérdida del 90 por 100 de la visión del ojo lesionado.

Doctrina de la Sentencia.—Según se tiene por probado la responsabilidad extracontractual no es concebida en nuestro derecho positivo sino es a través del concepto de culpabilidad, siendo necesaria la existencia de un reproche a la conducta del agente, aunque este reproche culpabilístico esté atenuado por aplicación de las modernas teorías de la creación del riesgo, la inversión de la carga de la prueba, la insuficiencia de la previsión, etc., pero en ningún caso es posible admitir la realidad de una culpa aquiliana basada exclusivamente en criterios puramente objetivos. Se hace indispensable la presencia de una conducta más o menos culposa, la producción de un daño, y la relación de causalidad que determine la conexión adecuada y suficiente entre aquella y éste, o dicho de otro modo, la determinación concreta para el caso estudiado, de que de aquella conducta del agente se deriva, según las reglas de la lógica, la consecuencia necesaria del daño producido.

Visto lo que antecede, podemos llegar a la conclusión de que ni la empresa fabricante incurre en una conducta culposa, imprudente o negligente, pues se limita a fabricar artificio pirotécnico especificando que los productos de clase 1 (como el adquirido en nuestro caso) pueden ser utilizados por los niños siempre bajo la vigilancia de personas mayores, así se efectúa por el fabricante una prudente recomendación; ni el establecimiento comercial incurre en la misma, pues éste estaba autorizado para poseer y vender el producto, ninguna prescripción existía que obligara o indicara al vendedor la necesidad de efectuar la enajenación en presencia de una persona mayor, y no se le puede hacer responsable del uso o utilización que los compradores hagan del producto adquirido, pues si así fuese los comerciantes podrían ser declarados responsables del uso que los adquirientes hicieran de todos los objetos de la compra. El fabricante y el comerciante tienen perfectamente delimitada su responsabilidad, dependiente siempre de una conducta personal negligente, imprudente y, en definitiva, culposa, pero esta responsabilidad no puede abarcar o cubrir la negligencia, la falta de vigilancia o la imprudencia de los usuarios, compradores de los objetos y de los productos lícitamente vendidos.

No trata esta litis un supuesto de *iura novit curia* sino una auténtica cuestión de hecho, y por otro lado, la responsabilidad del fabricante queda eliminada, cuando aquellos daños o perjuicios estén causados por la culpa exclusiva de la víctima, o por la falta de vigilancia o cuidado de las personas de las que dependa civilmente, situación que sucede en el caso que analizamos.

EL JUICIO DE EQUIDAD. SOLIDARIDAD PASIVA TACITA. (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 26 de Madrid, en Sentencia de 23 de abril de 1991, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.^a), en Sentencia de 11 de mayo de 1993, estima también parcialmente el recurso de apelación.

Los recursos de casación que se formalizan no prosperan.

Hechos.—Contrato privado suscrito por las partes en virtud del cual la pluralidad de demandados vendieron a la actora del pleito dos edificios en unas determinadas circunstancias que se verán al comentar la sentencia.

Doctrina de la Sentencia.—En la presente litis no se produce un incumplimiento total que demuestre una actitud alejada de la buena fe para no cumplir con la obligación que pesa sobre la empresa compradora de pagar el precio de lo adquirido, conforme al artículo 1.500 del Código Civil, sin orden de incumplimiento parcial aceptado por los vendedores, conformando acto propio al haber percibido la cantidad anticipada antes del otorgamiento de la escritura. Es en supuestos como éste donde la jurisprudencia decreta la procedencia de la aplicación de la moderación judicial. La sentencia en curso lleva a cabo un juicio valorativo basado en estimaciones reales y apreciación discrecional de otras circunstancias concurrentes de la que se deduce *el principio de equidad*. A tales efectos, se tuvo en cuenta que no hubo efectiva *traditio* o transmisión dominical de las fincas vendidas que continuaron en poder de los vendedores, los que se aprovecharon de sus rentas y utilidades, ocupándolas algunos de ellos. La entrega de dinero resulta acreditativa de la voluntad de cumplimiento o no se acreditó por los demandados que se les hubiera privado de una venta más ventajosa de los inmuebles del contrato a otros interesados en su adquisición. La base fáctica sobre la que se proyectó la equidad aplicada se integra con hechos probados firmes, por lo que ha de tenerse en cuenta la doctrina reiterada que viene a proclamar que no es revisable en principio en casación la cuestión de si los juzgadores obraron o no equitativamente.

También observamos que se da en el caso una *solidaridad pasiva tácita*, que surge cuando del contexto de la relación contractual y obligaciones contraídas se infiere tal concurrencia. La solidaridad viene impuesta pues los demandados actuaron como vendedores plurales, en situación de titulares dominicales en régimen de proindivisión y todos ellos percibieron conjuntamente el precio fijado para la compraventa litigiosa, habiendo contraído solidariamente la obligación de vender los edificios del contrato a la sociedad recurrida, con consecuente asunción, también en forma solidaria, de las responsabilidades que se les pudieran exigir en caso de incumplimiento.

APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DEL «LEVANTAMIENTO DEL VELO». (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid, en Sentencia de 3 de abril de 1989, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.^a), en Sentencia de 6 de octubre de 1992, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Vigencia del contrato de arrendamiento de servicios celebrado y en cuya virtud, y para satisfacer el interés de completar su infraestructura de ventas en Europa, asume la misión —obligación— de seleccionar, coordinar y animar una primera red de agentes, a cambio de una remuneración predefinida por día de dedicación, incrementada con una comisión del 2 por 100 de la venta bruta. Por ese contrato se llevan a cabo negociaciones y tratos preliminares que conducen a la venta cediendo la explotación.

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina general sobre el «levantamiento del velo» es la que justifica el fallo combatido en el presente estudio, sin que los

casos concretos examinados por la recurrente impliquen que tal doctrina pueda reducirse o concretarse en *numerus clausus*, quitándole su auténtica finalidad de *numerus apertus* para cuando se ataquen en la realidad los preceptos que cita, que es lo ocurrido en el supuesto que nos ocupa, en el que, tras un minucioso examen de la prueba, llega la Sala de Instancia a las conclusiones fácticas sobre que no puede realizarse un nuevo análisis de la prueba, que convertiría la casación en una tercera instancia, que es, sin duda, lo pretendido por la recurrente. Si se establece la existencia del contrato de mediación, el logro del resultado pretendido, la concurrencia de interés común y unidad de fines en la sociedad condenada, su actuación coaligada en la gestión bastaría para negar el encargo o alegar su extinción para defraudar los derechos adquiridos por el actor y que a todas las sociedades del grupo benefició la actividad desarrollada por el actor. No cabe ampararse en la distinta personalidad jurídica de cada una de las sociedades condenadas, que ni siquiera necesitan actuar de mala fe para conseguir la defraudación si ésta se produce, y tampoco puede achacarse a la Audiencia que al aplicar la funcionalidad de la doctrina actuase de modo imprudente y sin tener en cuenta las circunstancias del caso, pues su minucioso análisis de la prueba demuestra lo contrario y la improcedencia de que esta Sala actúe como si de instancia se tratase, cosa que se ha reservado para los supuestos en que acoge algún motivo.

Todo el recurso pretende un nuevo análisis de la prueba o hace supuesto de la cuestión al afirmar que «la sentencia dictada en apelación parte de una premisa que entendemos errónea, refiriéndose a la comunidad de gestión e intereses entre las sociedades, suprimido por la Ley 10/92 el motivo de casación consistente en error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obrasen en autos, que además demostrasen la equivocación del juzgador, es llano que la base fáctica sentada por la sentencia recurrida sólo pueda atacarse por error en su valoración, y ello para cuando del conjunto de circunstancias en que el negocio se ha originado, con comunidad jurídica de objetivos manifestada por una interna conexión, que demuestra esa voluntad como garantía para los perjudicados y factor estimulante para el cumplimiento de los contratos, no se habría aplicado, pero al no existir la solidaridad expresa, negándosele la retribución que le corresponde, llano es que la doctrina sobre tal solidaridad tácita se ha aplicado con corrección tal y como razona la Audiencia.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL. RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO DE LA ENTIDAD TUTORA. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA RECLAMAR EL DAÑO MORAL FALTA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. SOLIDARIDAD. (SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Pamplona, en Sentencia de 22 de enero de 1992, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Pamplona (Sección 2.ª), en Sentencia de 24 de diciembre de 1992, estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Menor, que a la edad de cuatro años y por la existencia de malos tratos, se suspende la guarda y custodia a los padres, otorgándose la misma

a la Excelentísima Diputación Foral. Transcurren diez años de estos hechos y la misma se encuentra interna en un piso de la Asociación de Educadores Especializados, ocurriendo que otra asociación invita a niños y educadores a pasar un fin de semana en sus instalaciones, donde organiza diversas actividades recreativas, entre ellas un circuito de Karts, debidamente señalizado y con protección de neumáticos a lo largo de su recorrido. Finalizada la actividad en la que la niña no había querido intervenir pide que se la deje probarla, a lo que se accede, colocándole el casco protector y empezando a darle las instrucciones de manejo, momento en el que la menor arranca de forma imprevista y acelerando al máximo, después de colisionar con un lateral, se dirige derecha al fondo del circuito rebasando la protección de los neumáticos colisionando con un autobús, y falleciendo a consecuencia de dicha colisión.

Doctrina de la Sentencia.—Se niega, ahora, la legitimación *ad causam* a los actores, que entiende no ostentan acción indemnizatoria por el fallecimiento de la menor, al no poder acreditar perjuicio alguno, habida cuenta de las declaraciones de esta Sala en el sentido de que «el derecho a indemnización como originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como *iure hereditatis*, sino como un derecho originario y propio del perjudicado...» y «la aplicación de la normativa contenida en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil genera la indemnización de daños y perjuicios derivados de culpa o negligencia, lo es siempre partiendo del presupuesto de que el demandante lo haya sufrido», de manera que, probada la ausencia de afectividad, desaparece el criterio para considerar que los padres han resultado perjudicados, aunque los vínculos afectivos se hubieran roto por culpa exclusiva del difunto, pues no es atendible la petición de resarcimiento moral al negarse mayoritariamente que la simple pérdida de la vida haga nacer una pretensión resarcitoria transmisible *mórtis causa* a los herederos y ejercitable por esto *iuris hereditatis* de manera que la recurrente se muestra conforme con el anterior criterio mantenido por el Juzgado y disconforme con el de la Audiencia que, después de señalar las circunstancias del caso, añade... «...si bien a juicio de la Sala no llega a desaparecer cierto daño moral por el perjuicio de la pérdida de la niña...», que valora teniendo en cuenta las relaciones habidas en vida de la menor con sus padres para reducir la indemnización a la cuantía que ha quedado expuesta en la sentencia.

Se entremezcla la jurisprudencia civil con la penal, pero puede afirmarse que la legitimación para reclamar resarcimiento en caso de muerte corresponde, de ordinario, a los más próximos parientes de la víctima, si bien *iure proprio* y no por sucesión hereditaria, prescindiendo de la distinción entre muerte instantánea y muerte ocurrida con posterioridad al accidente, pero debida a éste, para determinar si la indemnización por causa de muerte entre en el patrimonio del difunto y por ello transita a sus herederos o no, ya que en el caso que nos ocupa la muerte de la niña fue casi instantánea y ello nos lleva directamente al daño moral, consistente en el *precium doloris*, ya que en el supuesto que nos ocupa no concurren circunstancias de convivencia, dependencia económica o patrimonial de los padres u otras semejantes; más las circunstancias recogidas por ambas sentencias de cierto abandono por parte de éstos, algún maltrato, hasta el extremo de ocasionar se les privase de la guarda, custodia y educación, no quiere decir que de modo absoluto se pueda afirmar que en ellos no se ha producido sufrimiento moral, que la Sala de instancia considera sin duda atenuado; y a virtud de la obligación reparadora

del artículo 1.902 del Código Civil, ese sufrimiento psíquico o espiritual minorado debe originar una reparación también reducida que proporcione, en la medida de lo posible, una satisfacción compensatoria al sufrimiento causado. La Sala viene señalando con reiteración que la apreciación del daño, en su existencia y alcance, es cuestión de hecho reservada al arbitrio del tribunal de instancia, sólo impugnabile en casación por error en la valoración de la prueba, aunque a la recurrente le atraiga más la postura del Juzgado, favorable a ella, que la de la Audiencia. Pero está claro que también podría tener la cualidad de perjudicada cualquier persona que, sin relación de parentesco, acreditase estar ligada a la víctima por vínculos de afecto, cual también tiene declarado esta Sala, pero sin trascendencia para el caso que ahora nos ocupa.

Se alega litisconsorcio pasivo necesario pero como se produce solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por ilícito culposos, con pluralidad de agentes, y el perjudicado puede dirigirse contra cualquiera de ellos como deudor por entero de la obligación de reparar, en tales casos, precisamente por la solidaridad, no existe litisconsorcio pasivo necesario y la responsabilidad por hecho ajeno, por culpa *in eligendo* o *in vigilando* no es subsidiaria, sino directa, pudiendo dirigirse la acción contra el autor del daño moral y contra el que deba responder por culpa *in vigilando* o *in eligendo* o solamente contra éste, sin perjuicio de las posibles reclamaciones posteriores entre ellos.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. EL DERECHO A LOS DIVIDENDOS QUE CORRESPONDEN A LOS TITULARES DE LAS ACCIONES. (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Gijón, en Sentencia de 22 de septiembre de 1992, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Asturias (Sección 6.^a), en Sentencia de 13 de enero de 1993, estima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Los padres de los actores transfirieron un paquete de acciones a sus hijos Luis y Gemma, cuando ésta era menor, y dieron órdenes al Banco para que los títulos se pusieran a nombre de los hijos, los cuales percibieron el abono de los dividendos. Como la transferencia a la menor era nula por falta de consentimiento, y esa nulidad la opone al Banco, es preciso que para decidir el pleito en que los hijos reclaman del Banco los dividendos que éste no les ha satisfecho, estén en el pleito los transferentes de las acciones, esto es, los padres.

Doctrina de la Sentencia.—Se plantea en el caso que estudiamos una infracción de la doctrina legal atinente a que para que la relación jurídica procesal quede válidamente constituida es imprescindible la integración en el juicio de cuantos documentos subjetivos estén vinculados frente al actor de forma conexa e independiente en el negocio sustantivo del que deriva la acción hecha valer ante los Tribunales. Además se insiste por la doctrina de la Sala, que la situación de litisconsorcio pasivo necesario se da cuando en virtud del vínculo que une a una persona con la relación jurídico-material objeto del

pleito, se produce la consecuencia de que la sentencia que se dicte necesariamente ha de afectar a los no llamados, dando lugar a condena sin ser oídos, pero tal nexo no se produce en el caso de autos. En el presente, el Banco aceptó la transferencia de las acciones, aceptó el depósito administrado de éstas, teniendo como titulares a los dos recurridos y sin embargo no les efectuó el pago de los dividendos en la cuenta que al efecto tenían abierta. Hay pues, un solo vínculo jurídico, el derivado del depósito, y unos solos titulares implicados, el Banco y los depositantes de los títulos. Así las cosas, plantear la nulidad de la transferencia al contestar la demanda es indiferente, porque no es el Banco quien puede discutir la validez de una transferencia cuya causa le es ajena y que en todo caso aceptó, tanto que en este litigio acepta la titularidad de las acciones. Además esa cuestión suscitada en la contestación, sí que exigiría para poderla resolver la presencia de los transmitentes en el litigio, o en otro caso, haber formulado demanda independiente con posterior y eventual obtención de la acumulación de autos, pero no plasmarla en el proceso en que sólo se discute sobre el derecho a los dividendos que corresponden a los titulares de las acciones, los cuales por no haberlos percibido reclaman su derecho de quien, en su sentir ha incumplido la obligación del depositario administrador, el cual ha ingresado el dividendo a personas distintas sin demostrar que a los actores les haya sido útil el pago. La falta de legitimación del Banco para impugnar el negocio por el que cambió la titularidad de las acciones depositadas, alegando falta de capacidad de una de las depositantes al tiempo de constituirse el depósito, es evidente, puesto que aceptó el depósito, no tiene, como depositario, deber de comprobar la validez del título de propiedad de los depositantes y nada impide que un menor por decisión de sus padres pueda adquirir unas acciones y es éste el que al adquirir la mayoría podía discutir la legalidad de la transmisión, pero no el Banco, que dejó de pagar los dividendos sin que se sepa a ciencia cierta, ni intereses para resolver quién se benefició de los mismos, pero sí se sabe que no los recibieron los titulares del depósito.

EFICACIA DE LO PACTADO ENTRE LAS PARTES. RECIPROCIDAD DE LAS OBLIGACIONES. (SENTENCIA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de Murcia, en Sentencia de 7 de mayo de 1992, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Murcia (Sección 1.^a), en Sentencia de 16 de enero de 1993, estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera.

Hechos.—Validez inicial del contrato privado suscrito entre los hermanos Caparros y Usama, de fecha 26 de mayo de 1988, por la que ésta asumía el compromiso de solventar el débito tributario derivado de la anterior contratación entre los señores Caparros y Blanco Guirao y, a cambio, aquéllos renunciaban a las plazas de garaje que les correspondían como parte de la contraprestación a la entrega del solar.

Doctrina de la Sentencia.—Sostiene la recurrente que sería irrelevante la validez inicial del contrato, pues habría quedado resuelto por el acuerdo posterior entre las partes plasmado en la escritura de resolución de 2 de

marzo de 1989. La Sala coincide con la Juzgadora de Instancia al entender que el contrato privado de 26 de mayo de 1988, está viciado en el consentimiento de los hermanos Caparros, por error invencible para ellos al considerarse deudores de unos tributos cuando tales tributos de una parte no eran de su cuenta sino del señor Blanco Guirao y, por acuerdo privado del mismo con Usama, de esta Sociedad, y de otra, no se decían realmente al haberse resuelto el contrato de transmisión que había dado origen a su devengo. Junto a ese vicio en el consentimiento, falta en dicho contrato el elemento de la causa, lo que determina su nulidad radical, pues no existe contraprestación a la renuncia a plazas de garaje, ya que la obligación que asume Usama en dicho contrato es la de pagar el impuesto. «Solventar» el abono del débito implica una asunción de la deuda tributaria y la obligación de pagarla. De todo lo expuesto resulta que hubo un primer contrato de permuta entre los hermanos Caparros y el señor Blanco Guirao, en el año 1984, que quedó sin efecto al incumplir el segundo la condición suspensiva establecida, lo que motivó un nuevo contrato de permuta entre los hermanos Caparros y la empresa Usama, S. A., a principios del año 1988. Los pactos básicos entre los hermanos Caparros y Usama, S. A., quedan expuestos en la escritura de 22 de febrero de 1988, habiendo sido modificados en el contrato privado de 26 de mayo de 1988, acuerdo que queda reflejado en la posterior escritura, llamada de compraventa de 2 de marzo de 1989. Al decretarse la nulidad de los pactos reflejados en el documento privado por el que se modificaba parcialmente el acuerdo inicial, éste vuelve a mantener su plena eficacia, lo que se traduce en la conclusión de la sentencia recurrida sobre la obligación de Usama, S. A., en entregar a los actores la plaza de garaje como contraprestación a la entrega del solar. No es obstáculo que se haya otorgado entre las partes la escritura pública de resolución de 2 de marzo de 1989, pues la misma lo que hace es reflejar tardíamente la resolución ya existente de permuta entre el señor Blanco Guirao y los hermanos Caparros y permitir así que se pudiera dar forma con plenos efectos registrales a la nueva contratación existente entre los hermanos Caparros y Usama, S. A., pero no puede darse a esa escritura el alcance que pretende la recurrente de una ruptura total de las anteriores situaciones entre todas las partes, sino que debe concretarse sin afectar a los pactos y acuerdos existentes, pues se aduce: «...la sentencia concluye que los intereses devengados por el mismo hasta el otorgamiento de las escrituras serán de cuenta de Usama, S. A. La propia sentencia deniega los daños y perjuicios solicitados por las actoras iniciales, es decir, se habla de culpabilidad en el retraso del cumplimiento del otorgamiento de las escrituras.

Las sentencias, tanto en primera como en segunda instancia, una vez admitida la resolución de las escrituras, presumen la voluntad de las partes. Esta presunción de voluntad es arbitraria. La Audiencia con su resolución judicial atenta a la reciprocidad de las obligaciones, porque impone a Usama, S. A., unas prestaciones que no convino, y que específicamente se resolvieron. Los pactos a que las partes llegaron deben cumplirse en su tenor literal, y no pueden ser complementados o variados por decisión judicial. Las sentencias declaran que las relaciones contractuales entre las partes, a excepción de lo dispuesto para las plazas de garaje, se regularán en escritura de compraventa y acta de manifestaciones. No cabe mantener que los actores actuaban bajo el estigma de su viciado consentimiento o falta de causa, por lo que ese nuevo marco de contratación ha de respetarse, lo que conduce a estimar en parte la

reconvención y el recurso y dejar sin efecto la sentencia recurrida al confirmar en lo sustancial la de primera instancia, en el único sentido de que los derechos reconocidos a los actores correspondientes a su cuota no incluirán las plazas de garaje construidas por la demandada, al mantenerse en ese particular la eficacia de lo pactado entre las partes el 2 de marzo de 1989.

LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE PRUEBA DEBEN RECAER SOBRE QUIEN NO ESTA OBLIGADO A PROBAR LOS HECHOS IMPEDITIVOS DE SU PRETENSIÓN. (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Marbella, en Sentencia de 10 de abril de 1992, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.^a), en Sentencia de 29 de julio de 1993, desestima el recurso de apelación.

Prospera en parte el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Combate la sentencia recurrida la aplicación de cláusula penal pactada si hubiere demora en la terminación y entrega de las obras del caso que presentamos. Según la sentencia de la Audiencia, hay dudas sobre si el retraso se debió a las sucesivas mejoras y añadidos interesados por el demandante. El recurrente considera que esa «duda» a él no le corresponde probarla sino a la parte demandada de acuerdo con el artículo 1.214 del Código Civil. Al no haberlo entendido así, la Audiencia deja de aplicar el artículo 1.152 del mismo texto legal. En realidad, es evidente que quien invoca la aplicación de una cláusula penal debe probar los hechos que autorizan a formular su pretensión, y corresponda al que niega su virtualidad de la de los impeditivos de la misma. En este caso, hecho impeditivo lo sería el que el vendedor-constructor hubiese recibido y aceptado encargo de adicionales de la obra que supusiesen la necesidad de mayor plazo del pactado para su entrega. Aquí la parte demandada lo recibió en el contrato y no obstante, se comprometió a entregar la obra en una determinada fecha. Es claro que debía de haber demostrado que, después del contrato referido, recibió más encargos adicionales, y no lo ha hecho. De ahí la «duda», que evidencia la existencia de un retraso, pero no dice la Audiencia que se deba al comprador recurrente, lo que significa es que el vendedor no ha logrado la demostración de que el retraso fue debido a causas imputables al comprador, no ha convencido a la Audiencia y por eso «duda» ésta. Así las cosas, es contrario al artículo 1.214 del Código Civil que las consecuencias de la falta de prueba deban recaer sobre quien no está obligado a probar los hechos impeditivos de su pretensión, a lo que ya aludíamos en el título de la sentencia objeto de comentario.

LA DACIÓN EN PAGO (PRO SOLUTO) AUNQUE SEA EN PAGO PARCIAL DE DEUDA NO AUTORIZA A EXIGIR RENDICIÓN DE CUENTAS SI NO SE JUSTIFICA LA RELACIÓN JURÍDICA QUE LA EXIJA. DENEGACIÓN DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA. (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Huelva, en Sentencia de 20 de noviembre de 1991, estima la excepción de defecto legal en el modo de

proponer la demanda. La Audiencia Provincial de Huelva, en Sentencia de 2 de diciembre de 1992, estima el recurso de apelación interpuesto.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—«Parque Chicharra, S. A.» interpuso demanda contra el «Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla» en solicitud de que: 1) Se declare su derecho a exigir de la demandada que le rindiese cuentas o liquidación desde la dación en pago de una serie de inmuebles; 2) Se la condenase a presentar dicha liquidación; 3) Se excluyesen de la liquidación las partidas que no se refieran a operaciones financieras con dicha entidad; 4) Se la condenase al pago de la cantidad resultante, y 5) Se la condenase en costas. Opuesta la demandada, el Juzgado acogió la excepción alegada de defecto legal en el modo de proponer la demanda, por imprecisión en el *petitum*. En apelación, la Audiencia entró a conocer sobre el fondo del asunto y, desestimando la demanda, admitió la dación en pago de deudas existentes, que terminaron las relaciones comerciales entre las partes sin que la actora acreditase la existencia de ninguna otra que obligase a la «Caja» a rendir cuentas.

Doctrina de la Sentencia.—En lo atinente a nuestro caso, cierto es que la recurrente otorgó dos escrituras públicas de dación de bienes en pago y que solicitó como prueba «que se requiera a la demandada para que por el responsable correspondiente de dicha entidad, se certifique si existe en la actualidad, saldo deudor alguno a nombre de Parque Chicharra». Admitidas las pruebas, la «Caja» aportó la certificación en la que decía de lo que era deudora, más gastos de protesto e intereses legales, ante lo que la recurrente volvió a solicitar del Juzgado nueva certificación que aclarase el origen y causa de la operación financiera, emitiendo la «Caja» nueva certificación. Pero en realidad consta ya en la primera instancia certificación del importe adeudado y nuevamente solicitado ahora y muy anterior al inicio del presente procedimiento, por lo que la parte no puede alegar desconocimiento del mismo. La prueba solicitada en la segunda instancia respecto a la certificación ya se practicó en la primera por dos veces, lo que la recurrente pretendía así era convertir tal prueba en auténtica liquidación, lo que constituía el fondo del litigio. Se denegó la suspensión del ejecutivo, de manera que su negligencia no puede justificar indefensión, aunque por causa de ella se hubiere producido. Así las cosas, hemos de subrayar que en las escrituras de dación en pago se recogía una cantidad por intereses y pago parcial de deuda personal pendiente, así como el pago parcial de deudas personales contraídas por la sociedad, de donde deduce que la exigencia de rendición de cuentas alcanza también aquellas situaciones que el recurrente literalmente rotula «adjudicación de una serie de bienes para pago parcial de dichas deudas», refiriéndose a las documentadas en las pólizas de préstamo y crédito acompañadas a la demanda, ya que en esta adjudicación impropia —que ha de diferenciarse de la adjudicación en pago de deudas— no deja de estar presente una especie de comisión o encargo cuyo ámbito enmarca el de la validez de los actos del adjudicatario, debió estimarse la demanda en lo referente a la obligatoriedad de rendir cuentas, pues al ser el pago parcial y por deuda personal no se había producido un cierre total de la cuenta.

Estamos en presencia de una «dación en pago» y no en la cesión de bienes o dación para pago que contempla el artículo 1.175 del Código Civil. Pero tampoco y por otro lado, puede mantenerse durante todo el pleito que esta-

mos en presencia de una dación «*en pago*» y variar la calificación jurídica en casación afirmando que nos encontramos en una dación «*para pago*», pues ello implica variar el componente jurídico de la pretensión, introduciendo una cuestión nueva, cosa prohibida en casación. Lo que calla el recurrente es que en esa propia sentencia se dice «ser cierto el criterio jurisprudencial de que no basta el mero desplazamiento patrimonial para que nazca la obligación de rendir cuentas». Y si la obligación de rendir cuentas no se circunscribe a los supuestos de gestión de negocios ajenos, también calla el recurrente que el supuesto contemplado por la sentencia era el ser la rendición de cuentas «conforme con el contenido de alguna de las estipulaciones convenidas y de la amplitud e interconexión de no pocas de las relaciones habidas entre las partes integradas en un conjunto económico y jurídico», ocurriendo, por el contrario, en el caso que nos ocupa que, cual afirma la Audiencia, «*tenía que indicar de qué operaciones había de efectuar liquidación y ni siquiera aparece una en concreto*», por lo que no obliga a la «Caja» a tal rendición.

NULIDAD DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valladolid, en Sentencia de 11 de marzo de 1991, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 1.^a), en Sentencia de 9 de noviembre de 1992, estima el recurso.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Demanda sobre nulidad de contrato de compraventa de seis plazas de garaje, cancelación de los asientos registrales relativos a las mismas y otros pedimentos.

Doctrina de la Sentencia.—En la presente litis, al no aceptarse la excepción de falta de legitimación activa se desestima la misma, habida cuenta de la corrección del análisis obrante en la sentencia traída a casación sobre la naturaleza jurídica de las superficies cuestionadas, en cuanto considera probado que, al constituirse el edificio en régimen de comunidad horizontal única, con partes privativas y comunes, y figurar en ella el local comercial donde se ubican las plazas de garaje, anexas a cada una de las viviendas, declara los espacios vendidos de esa índole por no aparecer determinados con la calificación contraria, lo que es ajustado a derecho, y no quebranta la doctrina referida a que la falta de legitimación lo es de acción por no tener el derecho reclamado.

A tenor de lo dispuesto en el articulado de la Ley de Propiedad Horizontal, el presidente de la Comunidad está facultado para litigar con apoderamiento suficiente para que defienda en juicio y fuera de él los intereses de la misma. Interviene como un órgano del ente comunitario, que sustituye la voluntad social con la suya individual, con la posibilidad de considerar lo realizado no como hecho en nombre de la comunidad sino como si fuera el mismo quien lo hubiere verificado, sin perjuicio de la relación interna entre ambos y, por consiguiente, de la necesidad de responder de su gestión ante la junta, por lo que no necesita la autorización de ésta para intervenir ante los Tribunales, cuando ejercite una pretensión en beneficio de la comunidad, salvo en los supuestos expresamente excluidos en la ley.

Vuelve en esta sentencia a hacerse mención a la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, por la cual, o por su obediencia, se hace preciso traer al proceso a todas aquellas personas interesadas en la relación jurídica controvertida, a quienes puede perjudicar la resolución que se dicte, halla su fundamento, como es sabido y reiterado por la jurisprudencia, de ociosa cita, en la necesidad de evitar tanto los fallos contradictorios, como en la de cumplir con el principio de audiencia bilateral y la posibilidad de condena a alguna persona sin haberla oído, con violación incluso de norma constitucional (art. 24 de la Constitución Española), posibilidades o peligros que no existen aquí, pues de un lado, la contienda está perfectamente entablada entre las partes actuales, y de otro, por perjudiciales en la situación de los demás titulares de las plazas de garaje, ya que la nulidad de la compraventa y la cancelación de los asientos registrales en absoluto les puede afectar, como tampoco la gestión que la Comunidad desarrolla en el local —con antelación, por cierto, a la iniciación de este litigio y sin constancia de oposición a la misma—.

INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA E INFRACCIÓN DE LA PROHIBICIÓN INSERTA EN EL FIDEICOMISO DE RESIDUO. (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Manzanares, en Sentencia de 22 de enero de 1992, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 1.^a), en Sentencia de 18 de noviembre de 1992, estima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Doña Pilar Rincón y García Filoso, casada en únicas nupcias con don Felipe Ceprián Pérez, de cuyo matrimonio no hubo descendencia, otorgó testamento abierto instituyendo por su único y universal heredero a su citado esposo al que sustituye vulgarmente por sus hermanos por partes iguales, y en defecto de algunos de éstos por sus respectivos descendientes. Ocurrido el fallecimiento de la causante, el demandado heredó, entre otros bienes, la finca objeto del litigio. Años más tarde, en concreto el día 10 de junio de 1989, el demandado don Felipe ingresa en una clínica aquejado de insuficiencia respiratoria. El 13 de junio de 1989, y todavía ingresado, otorga a favor de don Felipe y doña Laura Monsalvez Ceprián, para sus respectivas sociedades de gananciales, escritura de compraventa de la finca citada e inscrita, declarando haber recibido la parte vendedora de la compradora el importe de la venta realizada a través de la orden dada de su Caja a la libreta de la que era titular don Felipe. El día 8 de octubre de 1990, tuvo lugar el fallecimiento en accidente de tráfico del demandado. Visto esto, hemos de preguntarnos si estos presupuestos fácticos son indispensables para compulsar si el fideicomiso de residuo instituido fue o no respetado por el fiduciario, y por ende, si los fideicomisos del *de eo* tienen o no derecho alguno *post mortem*, clave del litigio.

Doctrina de la Sentencia.—La cotitularidad de la cuenta corriente en la que se verificó el abono de la compraventa que se declara inexistente por simulación, es claro que en caso alguno pueden desvirtuar las circunstancias constatadas en el «iter» integrador de la convicción de la Sala sentenciadora, para

reforzar su posición precisamente tendente a demostrar dicha simulación, habida cuenta la inexistencia del precio, no sólo por la situación psico-física del vendedor —si bien, no relevante, sí sólo influyente en la patología sobre en realidad del pago acaecida después— el llamado heredero fiduciario, sino también por la relación parental con sus sobrinos compradores, en especial por cuanto se acredita en torno a la disponibilidad o reintegro del precio recibido, ya que tal y como se hace constar el propio vendedor jamás llegó a disponer del importe del mismo sino que fue reintegrado por la cotitularidad de la cuenta, precisamente por su hermana, la madre de los compradores, de lo cual, deriva entender la inexistencia de la realidad del precio, y sí considerar que ha existido una especie de argucia, para tratar, salvando la apariencia negocial de la compraventa, derivar en la inconsistencia que se declara del contrato de intercambio verificado. La existencia o inexistencia de un contrato es cuestión de mero hecho, y como tal, su constatación es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuya apreciación obtenida a través de la valoración de la prueba practicada ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado, bien denunciando o bien alegando error de derecho con invocación de la norma valorativa de la prueba que pueda considerarse infringida. Y partiendo de que las conclusiones derivadas por la Sala sentenciadora no son las que han de obtenerse en una conexión lógica que conduzca a la inexistencia de simulación en la compraventa pues, del hecho de que el precio inicialmente ingresado fuera posteriormente extraído, no cabe obtener esa verdad deducida, y se contesta que, en el juego de las presunciones es sostenible, que, de cualquiera de las conclusiones que puedan obtenerse en el seno del raciocinio humano, y dentro de la cierta amplitud que pueda obtenerse al respecto, sea prevalente la igualmente razonable que la Sala elija. La esencia de la presunción se encuentra en que el enlace preciso y directo que religa el hecho base en el hecho consecuencia se ajuste a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante verdadera presunción sino ante los hechos que han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia.

EL REQUERIMIENTO RESOLUTORIO DEL ARTICULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL NO PUEDE SER SUSTITUIDO POR UNA INTERPRETACIÓN SOBRE LOS ACTOS DE LAS PARTES DESPUÉS DE QUE LOS COMPRADORES INCUMPLIERON SUS OBLIGACIONES, NI POR LA EXIGENCIA DE LOS VENDEDORES EN ACTO DE CONCILIACIÓN DE QUE CUMPLIERA AQUELLOS EL PRIMER PLAZO DEL PAGO DEL PRECIO, SEGUIDO DE INCUMPLIMIENTO DE ELLO. (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Talavera de la Reina, en Sentencia de 8 de julio de 1991, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2.^a), en Sentencia de 12 de septiembre de 1993, desestima el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—En la presente litis se revela el interés de los recurrentes en una impugnación del fallo porque el mismo les perjudica. Si así no hubiese sido, esa incongruencia denunciada, que efectivamente existe,

no podía ser denunciada por ellos sino por los vendedores condenados, que son los obligados por la declaración judicial y no lo han hecho. Todo esto, naturalmente, sin perjuicio del derecho de los compradores a rechazar la devolución de lo ofrecido, si no es lo que entregaron, porque la sentencia no les condena a ellos a recibir el pago.

Se varía la *causa petendi* de la absolución de la demanda solicitada por la parte demandada. La sentencia que se recurre basa su alegato en la existencia de un acuerdo tácito entre las partes de desistimiento de la operación. Tal causa no ha sido alegada en los escritos expositivos del pleito, y su aparición en la sentencia recurrida causa indefensión por no haberse podido alegar las observaciones oportunas. No hay duda de que, si bien las sentencias absolutorias de las peticiones de la demanda no son incongruentes, como la doctrina de esta Sala ha dicho y reiterado en numerosas ocasiones, también es cierto que ello sucede siempre que no se varíe la *causa petendi* constatada en los escritos rectores del pleito. Sin embargo, no se ajusta a los términos de la sentencia de primera instancia ni la de apelación los ataques de este razonamiento, pues parte la sentencia que recurre para obtener las consecuencias que le interesan. Una lectura sosegada de ambas resoluciones basta para apercibirse de que ante todo y sobre todo resaltan la resolución del contrato por incumplimiento de la parte compradora, y a continuación pasan al estudio de la conducta de los contratantes para deducir que lo dieron por extinguido efectivamente. No hay, pues, variación de la *causa petendi*. La *ratio decidendi* de la absolución la recoge y le añade además la que resulta de aquella conducta, claramente expresiva de que los contratantes se desvincularon del contrato una vez que la parte compradora no satisfizo el precio aplazado. Además, es inexacto que hubiese cualquier clase de indefensión, pues la parte recurrente apeló la sentencia de primera instancia en la que ve ese cambio de la *causa petendi*.

La sentencia recurrida y la de primera instancia se basan en la existencia de un acuerdo tácito entre los contratantes por el que desistieron de la operación convenida. La presunción de desistimiento no puede constituirse por que es ilógica desde el momento en que no se ha tenido en cuenta entre los hechos base de la deducción que la parte compradora había entregado ya a la parte vendedora una cantidad que ésta no devolvió. Si hubieran estado conformes en la disolución del contrato, los hoy recurrentes hubieran gestionado y hasta exigido la devolución. Es igualmente obvio que si los vendedores hubieran querido desvincularse del contrato, se hubieran apresurado a devolver tal suma, pues su honorabilidad no les hubiera permitido retener tal cantidad en su poder, cuando no existía motivo alguno para seguir beneficiándose de ella. Además de analizar el hecho del pago y de la no devolución como impeditivos de la presunción de desistimiento que se establece, analiza otros hechos que la hacen viable porque esta Sala en el trámite casacional no puede volver a valorar los hechos-base de la presunción para llegar a establecerla o no establecerla; es tarea que incumbe a los órganos de instancia, quedando su resultado incólume en casación como no se demuestre la infracción del artículo 1.253 del Código Civil, y no se demuestra exponiendo un particular e interesado punto de vista sobre los hechos, contrapuestos al del órgano judicial si no coincide con el interés del litigante. En cambio, sí es ilógico que, de haber existido ese desistimiento, nada se hubiese acordado sobre la devolución. Sin embargo, la estimación de este motivo no lleva a la casación de la sentencia porque su *ratio deci-*

denci principal consiste en el incumplimiento contractual de la parte compradora, de ahí arranca todo el proceso argumentativo que conduce al fallo desestimatorio.

En autos no consta el requerimiento resolutorio del artículo 1.504 y que se exige para enervar el posible cumplimiento del acreedor. Este requerimiento, judicial o extrajudicial, es la declaración del vendedor por la que manifiesta su voluntad de resolver el vínculo por impago del precio, dirigida al comprador para que se allane a dicha resolución. Nada de esto han hecho los vendedores, hoy recurridos, por lo que no es admisible que se dé por resuelto el contrato litigioso. Lo único que hicieron fue demandar a los compradores en acto de conciliación para que se avinieran a cumplir el primer plazo de los pactados para el pago del precio, pero absolutamente nada más. Es erróneo ver en ello una declaración «implícita» de resolución, confirmada por el que desde entonces hasta la fecha en que los compradores quieren cumplir haya habido un total silencio. El requerimiento resolutorio del artículo 1.504 del Código Civil exige una voluntad manifestada expresamente con esa finalidad, y no puede en modo alguno ser suplido por interpretaciones o conjeturas sobre la voluntad de las partes. El silencio no equivale a la resolución formal exigida por el precepto.

El contrato litigioso no se extinguió por desistimiento mutuo. Por otro lado, frente a los fallos de instancia que habían negado indemnización de perjuicios por incumplimiento de los vendedores, no sólo porque se estimó que no se daba tal incumplimiento sino porque los demandantes no justificaron los daños, el motivo dispone que no puede negarse la existencia de daños como consecuencia del incumplimiento por los vendedores de sus obligaciones, tanto es así que no hay más dato objetivo para establecer el daño surgido por los compradores que el hecho cierto y evidente de que los vendedores se han lucrado con los intereses que puede producir la cantidad que no devolvieron. No se ha probado que había una base razonable para considerar que los compradores también lo iban a vender, o que lo iban a destinar a fines comerciales o industriales, con lo que obtendrían una ganancia. Indemnizar los daños entonces no sería más que indemnizar meros sueños de ganancia, y esto no es lo que protege el artículo 1.101 del Código Civil, sin que los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se dicen infringidos sirvan para determinar si hubo o no un daño, que es materia de juicio declarativo y no de ejecución de sentencia por la naturaleza de sus trámites que impiden discutir con la debida amplitud aquella cuestión.

Válida y eficaz la segunda venta sobre el mismo objeto que anteriormente no fue vendido por la parte demandada a la parte actora, teniendo en cuenta que la primera obró sin resolver el primer contrato, que no llegó a consumarse por la *traditio*, y que del mismo no desistieron los compradores, es consecuencia necesaria que se colocó aquella por su propia voluntad en una situación que le imposibilita cumplir lo que en primer lugar se acordó con anterioridad al segundo contrato. Ello da origen a la necesidad de indemnizar los daños y perjuicios causados a los actores.

EFICACIA DE CONTRATOS DE INTERCAMBIO DE PRODUCTOS TELEVISIVOS POR CONCURRENCIA DE LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS POR EL ARTICULO 1.261 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid, en Sentencia de 24 de junio de 1991, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.^a), en Sentencia de 22 de diciembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—El objeto negocial base del litigio está reiteradamente recogido por la Sala sentenciadora al hablar del objeto de los contratos y, ello, sin perjuicio de que por la Sala se integre dicho objeto y distintivos negociales, en la idea de que las relaciones negociales entre los interesados, se deriven por la comercialización que la actora previamente realiza con los titulares de los logotipos y demás símbolos o instrumentos derivados de la propiedad industrial, que, a su vez, le condicionaba a unas relaciones previas y que asimismo la demandada, cede a la actora, los derechos de comercialización de unas series televisivas para su explotación industrial y comercial de logotipos y demás subproductos con las correspondientes contraprestaciones económicas, y todo ello con independencia de que, asimismo, por parte de TVE pudieran existir también unas directas explotaciones televisivas de series cuyos derechos correspondían a la actora, previa participación en un porcentaje en los beneficios obtenidos con un mínimo preestablecido en las licencias y resultados económicos que aquellas emisiones o exhibiciones televisivas, es evidente pues, que aparte de cuanto se ha indicado, tampoco es de recibo la denuncia de las normas de interpretación, ya que en términos generales procede aceptar la correctamente indicada por la Sala en el sentido de que las normas o reglas interpretativas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, constituyen un conjunto a cuerpo subordinado y complementario entre sí de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al primer párrafo del artículo 1.281, de tal manera que si la claridad en los términos de un contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con el carácter de subsidiarias respecto de la que preconiza la interpretación literal —dispone literalmente la sentencia—.

Por otro lado, resulta improcedente alegar la infracción del artículo 1.258 del Código Civil, pues la denuncia sobre la conducta reproachable de TVE, puede prevalecer, ya que, frente a ese juicio de parte interesado debe mantenerse, aunque la entidad demandada no actuó bajo la influencia de un supuesto abuso del derecho ni amparándose en la existencia de una contratación adhesiva, sino que su conducta negocial respondió a la defensa de sus legítimos derechos que la asistían, habida cuenta lo convenido. No se constata, según el Tribunal *a quo*, la existencia en dichos pactos o contratos entre las partes, condiciones que atenten a la moral, sino que cada contratante, en uso de su posición inicial en el negocio cuyo propósito era aunar voluntades a los fines de obtener la adecuada contraprestación decidieron libremente pactar lo convenido sin que pueda atisbarse que en citados negocios de intercambio en los términos planteados, pudieran existir, ni siquiera, marginaciones a los principios de la moral. Se hace también una llamada de atención a la infracción del artículo 1.261.1 del Código Civil por falta de consentimiento en los contratos cuya nulidad se pretende, la existencia del consentimiento debe prevalecer y se trata de demostrar la carencia de objeto de los contratos cuya nulidad se pide, así como de su causa.

La existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, así como la existencia de vicios del consentimiento, es cuestión de mero hecho, y como tal su constatación es facultad privativa de los tribunales de instancia.

RESOLUCIÓN POR IMPAGO. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1996.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Reus, en Sentencia de 10 de abril de 1992, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Tarragona, en Sentencia de 21 de noviembre de 1992, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La pretensión principal de la demanda es la resolución del contrato de compraventa del chalet objeto de la misma, cuyo precio convinieron los litigantes y de las demás actuaciones al respecto.

Doctrina de la Sentencia.—Es exigente la necesidad reconocida de acreditar los hechos que apoyen el temor o inquietud del comprador de ser perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida o que tuviera fundado temor de serlo por el ejercicio de una acción reivindicatoria o hipotecaria que conduzca a semejante resultado, de ahí que el artículo 1.502 del Código Civil autorice la suspensión del pago del precio y dado el carácter restrictivo del precepto, no puede ampliarse a otros supuestos distintos de los comprendidos en el texto legal, como ahora en nuestro caso pretende la recurrente cuando se refiere a la hipoteca —posterior a la compraventa privada efectuada entre los litigantes del chalet objeto del contrato—. En todo caso y sin entrar a razonar la procedencia o no de la suspensión del pago, la misma se produjo anticipadamente, sin causa justificativa alguna y sin conducta precedente incumplidora a cargo de los vendedores, que hicieron entrega y tradición del chalet enajenado, con lo cual estaba perfectamente autorizada la resolución del contrato, conforme a su propia reglamentación y lo dispuesto en los artículos 1.124 y 1.504 correctamente aplicados por el Tribunal de instancia. Tras un examen innecesario y en todo caso interesado de la prueba practicada, se produjo, por la constitución de la segunda hipoteca reseñada, una modificación novatoria parcial de la obligación del pago del precio de la compraventa, con apoyo en el artículo 1.203 del Código Civil. Se plantea, en realidad, con esta tesis una cuestión nueva y se hace marginación de los hechos probados firmes en cuanto acreditan que ha sido, precisamente, el recurrente el único incumplidor voluntario de sus obligaciones de pago, ya que sólo satisfizo una cantidad, no concurriendo justificaciones decisivas de los impagos.

Los vendedores no provocaron el incumplimiento de la contraparte con la constitución de la segunda hipoteca, en forma de causación directa, lo que aleja la situación de incumplimiento mutuo, impeditivo de la resolución operada por los dichos enajenantes, pues la segunda hipoteca, como bien dice la sentencia recurrida, no modifica el negocio traslativo, al actuar al margen, por ser posterior al incumplimiento suficientemente demostrado del ahora recurrente. Esto tampoco obstaculizaría el otorgamiento de escritura de haber cumplido el comprador con sus obligaciones de pago del precio y no haber provocado la resolución contractual practicada, ya que el contrato suscrito

permitía imputar la carga en la determinación del precio final a satisfacer, sin agravar el patrimonio del comprador, ni acrecentar sus obligaciones de pago.

ISABEL MORATILLA GALÁN

3. DERECHO PROCESAL

Por ERNESTO CALMARZA CUENCAS

INADMISIÓN RECURSO DE CASACIÓN EN SENTENCIAS CONFORMES SOBRE CUANTÍA INDETERMINADA. ARTICULO 1.687.1.º, LETRA B) LECiv, TRAS SU REDACCIÓN DADA POR LEY 10/1992, DE 30 DE ABRIL (SENTENCIA DE 29 DE FEBRERO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

En el presente caso la sentencia recaída en el Juzgado de Primera Instancia y la recaída en el recurso de apelación son ambas conformes de toda conformidad, por lo que es evidente que a tenor de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 1.687.1.º LECiv, y siendo de cuantía inestimable, procede inadmitir el recurso, ya que el citado precepto exceptúa de casación «los supuestos en que las sentencias de apelación y de primera instancia (siempre de cuantía inestimable) sean conformes de toda conformidad, teniendo éste carácter aunque difieran en lo relativo a la imposición de costas».

Este precepto ha sido redactado por la Ley 10/1992, de 30 de abril, pero el TS lo entiende aplicable, ya que dicha Ley entró en vigor el día 6 de mayo de 1992, y el escrito de interposición del recurso de casación se presentó con posterioridad, en concreto, el día 23 de julio del mismo año.

El nuevo régimen de recurso de casación es perfectamente aplicable, ya que la DT2.^a de dicha ley establece que, «las resoluciones judiciales de orden civil que se dicten después de la entrada en vigor de esta Ley, sólo serán recurridas en casación o en apelación si reúnen los requisitos que para ello establece la presente Ley».

Vid. STS de 6 de marzo de 1996.

ERROR JUDICIAL.—DOCTRINA.(SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos y Pérez de Andrade.

En este caso el TS rechaza la demanda de error judicial por violación de lo dispuesto en el artículo 293.f) de LOPJ, ya que, previamente a su interposición no se habían agotado los recursos previstos contra la resolución a la que se imputa el pretendido error.

Aprovecha, además, el TS para recordarnos que este recurso no puede dar lugar a una tercera instancia, ni sustituir la función revisora del recurso de