

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

CONTRATO DE OBRA: SUBCONTRATA (NO HAY SOLIDARIDAD). INTERPRETACION DEL CONTRATO (DOCTRINA GENERAL). (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1989.)

La sentencia recurrida, dictada por la Audiencia Territorial de Pamplona, confirmatoria de la del órgano de primer grado jurisdiccional, parte de las siguientes bases fácticas: "Aguas de la Comarca de Pamplona" (en adelante, ACP-SA) adjudicó a "Coeder, S.A.", en junio de 1983, la realización de las obras de construcción de un colector comarcal, exigiendo la conformidad de las empresas que con ella habían de colaborar, comprometiéndose "Excavaciones y Obras Mel, S.L.", subcontratista de los trabajos de excavación y movimiento de tierras, a llevar a cabo estos trabajos, que no pudieron terminarse en el tiempo fijado por problemas de suministro y otros, ante lo que la adjudicataria solicitó, en enero de 1985, la prórroga del plazo de ejecución hasta el 31 de julio del propio año, accediendo ACPSA, previa conformidad, que exigía de los arrendatarios y colaboradores, entre ellos Mel, S.L., que ya entonces era acreedora de Coeder por diversas cantidades; ampliado el plazo en 11 de marzo de 1985, Mel y Coeder acuerdan por documento de la misma fecha y como garantía del pago de los trabajos de excavación y movimiento de tierras, el compromiso de endosar a Mel las certificaciones de la mencionada obra hasta la cantidad nominal de las facturas de tales trabajos, y de no poder hacer, por la parte que pudiera corresponder a la misma, la diferencia se ajustaría mediante entregas en metálico en el momento de efectuarse el cobro correspondiente, entregándose dicho documento a ACPSA el 21 de marzo siguiente, no obstante lo cual Coeder convino por las mismas fechas con otros subcontratistas el pago a ellos de determinadas certificaciones, lo que efectúa ACPSA, endosándole a Mel por valor de 6.500.000

pesetas, abonándole aparte Coeder 2.792.957 pesetas, sin que conste probado el importe de los trabajos realizados por Mel entre el 11 de marzo de 1985 y el fin de la obra, aunque reclama por ese período 10.071.902 pesetas; en 10 de septiembre de 1985, ACPSA y Coeder rescindieron el contrato de obra, abonando aquella a ésta 28.795.177 pesetas por las últimas certificaciones de obra y liquidación final, revisión de precios, retenciones y facturas pendientes de pago, lo que se efectúa mediante la aceptación de cambiales que se endosan a acreedores de Coeder, no haciéndose responsable aquella de las deudas de ésta con sus proveedores. Mel, S.L., demanda a ACPSA y a Coeder, S.A., solicitando que se las condene solidariamente al pago de los 15.031.750 pesetas que se le adeudan por la obra, intereses y costas; se declara en rebeldía a Coeder y ACPSA pide que se la absuelva por no ser deudora solidaria, no haber existido cesión de créditos y haber abonado lo debido a todos los acreedores conforme a lo convenido. El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pamplona, dando lugar en parte a la demanda, deniega el carácter solidario de la deuda, entiende que ACPSA sólo garantizaba los pagos de las obras realizadas desde el 11 de marzo de 1985 hasta la resolución del contrato y tras deducir los 6.500.000 pesetas abonados la condena a pagar lo que resulte en ejecución de Sentencia por las obras de excavación y movimiento de tierras realizados, conforme a los precios de contrato y hasta la suma de 10.071.902 pesetas, condenando a Coeder al abono de lo que faltara hasta los 15.031.750 pesetas, desestimando la demanda en el resto. Apela Mel en petición de que se estime la demanda en su totalidad y ACPSA solicita la confirmación de la Sentencia, cosa esta última que, cual se ha dicho, realiza la Audiencia por su resolución de 16 de febrero de 1987. Contra esta última sentencia interpone Mel, S.L., recurso de casación, siendo de destacar que ninguno de los cuatro motivos que alega denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios (art. 1.692, n.º 4, LEC).

El primero, al amparo del número 5 del propio precepto procesal, acusa infracción de los artículos 1.254, 1.588, 1.555 y 1.599 del Código Civil, pues entiende la recurrente que al aceptar las sentencias de ambos grados como probado que "para la adjudicación de las citadas obras, que tuvo lugar definitivamente en junio de 1983, la demandada ACPSA exigía de los concursantes que constara la conformidad de aquellas empresas que habían de colaborar con la adjudicataria, apareciendo en autos el compromiso de la actora a realizar los trabajos de excavación y movimiento de tierras en el caso de que Coeder resultara adjudicataria... Coeder, S.A., solicitó en enero de 1985 la prórroga o ampliación del plazo de ejecución, a lo que accedió ACPSA previa conformidad de las empresas colaboradoras y suministradoras, entre ellas la actora..., que ya en aquellos momentos manifestaba ser acreedora de Coeder por los trabajos realizados para ella y no satisfechos en su momento...", entiende, repetimos, que existió desde el primer momento un contrato directo de arrendamiento de obra entre ACPSA y Mel, S.L., de donde deduce la obligación solidaria que pretende. El motivo tiene que desestimarse porque lo pactado fue una mera garantía que prestaba Mel frente a ACPSA, mas no un contrato bilateral o sinalagmático generante de obligaciones recíprocas, ya que el pago del importe de las obras habría de realizarse por ACPSA (propietaria) a Coeder (contratista) y por ésta a Mel, S.L. (subcontratista), siendo los precios diferentes en una y otra relación jurídica, sin que la solidaridad se determinase de modo expreso (art. 1.137 CC) ni concurra necesidad de salvaguardar el interés social que exige la jurisprudencia para estimar

en limitados casos la concurrencia de la llamada solidaridad impropia; de no ser así, no se entiende la denominación que se emplea de "colaboradoras de la adjudicataria"; por otra parte, conviene recordar que ambas sentencias (Juzgado y Audiencia) señalan que no se petitionó al amparo del artículo 1.597 del Código Civil y que la realidad de la cesión de crédito realizada por Coeder a Mel se acoge también en ambas resoluciones, una vez notificada a la deudora, siquiera los efectos que se le asignan no sean los propugnados por la parte.

Los tres motivos restantes, igualmente con apoyo en el número 5.º del artículo 1.692 de la LEC, se refieren a la interpretación de los contratos y tienen carácter subsidiario respecto del inicial. El segundo denuncia infracción del artículo 1.281, párrafo 1.º, del Código Civil por acogerse la cesión de créditos sólo respecto a los trabajos realizados a partir de la firma del documento de 11 de marzo de 1985 y no aplicarse a los anteriores a ésta aún no abonados, señalando que el tan referido documento en las manifestaciones 2.ª y 3.ª se refiere a los "trabajos realizados", empleando otro tiempo de verbo cuando se quiere referir al futuro, cual en la manifestación 1.ª, que emplea la palabra "colaboradora", y en la 4.ª, que se refiere a "certificaciones a endosar", "pudiera corresponder" y "endosarán". El tercer motivo considera infringido el artículo 1.282 del Código Civil, poniendo de manifiesto el recurrente que el documento número 3 de los acompañados a la contestación a la demanda especifica unos pagos de servicios prestados a Hormigones Pamplona y Tubos Estanco, reconociendo las sentencias que en 15 de febrero del año 1985 (doc. n.º 4 de la contestación) la actora (hoy recurrente) había manifestado a ACPSA que Coeder le adeudaba trabajos ya realizados. El último motivo estima infringido el artículo 1.283 del Código Civil, pues para el recurrente el tan repetido documento de 11 de marzo de 1985 no contiene limitación alguna, ni en cuanto a referirse a los trabajos que se realicen en el futuro, ni a la cuantía por excavaciones y movimientos de tierras efectuados por la actora, de lo que debe responder el total de las certificaciones. Ninguno de los tres motivos puede prosperar, pues: a) La propia Audiencia, al acoger la valoración realizada por el Juzgado, dice que estudió concienzudamente el documento y los actos de las partes en relación con el mismo y que "el simple hecho de que se utilice la expresión "trabajos realizados" para referirse a los que afectaba tal cesión no quiere decir que esté tratando de los anteriores a la fecha del documento, sino a los realizados al momento de la liquidación posterior; pero a partir de tal acuerdo, que no tiene otro fin que el de garantizar al subcontratista el pago de sus trabajos por su adhesión a la continuación de los mismos y en relación con éstos"; b) El Juzgado aplica el artículo 1.285 del Código Civil, y al interpretar las cláusulas unas por otras para atribuir a las dudosas el sentido resultante de todas ellas, señala que la referencia a los trabajos realizados ha de conjurarse con el apartado primero, especificativo de cuáles son esos trabajos, no otros que los derivados de la colaboración convenida con Mel, S.L., en virtud del contrato suscrito en 11 de marzo de 1985, y con el apartado cuarto, "donde se habla de la parte que pudiera corresponder a Mel, S.L., en la certificación a endosar, lo que ha de interpretarse como inequívoca referencia a la partida excavación y movimiento de tierras de cada una de las certificaciones que habrían de emitirse a partir de dicho momento"; c) no contiene el mismo referencia a los trabajos anteriores a su fecha, no obstante datar la colaboración del año 1983, por lo que aplica con corrección el artículo 1.283 del Código Civil al excluirlos; d) respecto a la aplicación del artículo 1.282, se señala como el momento en que se acuerda la cesión coincide con las negociaciones para lograr una ampliación del plazo para ejecutar las obras; e) las órdenes o instrucciones que entonces

y después cursó Coeder a ACPSA para que se abonasen directamente trabajos a otros subcontratistas a cuenta de las certificaciones sólo se comprenden y armonizan partiendo de que la cesión de las mismas sólo era parcial; lo que concuerda con el apartado cuarto antes dicho y con la confesión del representante de Coeder; f) Las dudas que puedan originar la oscuridad y términos equívocos del documento de 11 de marzo de 1985 no pueden favorecer a quien las hubiere ocasionado (art. 1.288 CC), ni perjudicar a ACPSA, que para nada intervino en su redacción; y g) a los razonables argumentos que anteceden, que son en definitiva los de la Audiencia, al hacer suyos los del Juzgado, sólo puede añadirse que es doctrina reiterada y constante de esta Sala que la interpretación de los contratos constituye facultad exclusiva de los Tribunales de instancia, a mantener en casación salvo que conduzca a exégesis desorbitadas, erróneas, ilógicas o que conculquen preceptos legales, debiendo ser mantenida incluso en aquellos supuestos en que quepa alguna duda acerca de la absoluta exactitud de la interpretación del juzgador.

R. de A.

RESPONSABILIDADEXTRACONTRACTUAL.CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. CARACTER CULPABILISTA DE ESTA RESPONSABILIDAD. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1989.)

La recurrida sentencia, tras sentar como antecedentes de hecho; 1) Que Agapito S., electricista de la Empresa Electricidad y Luz, S.L., fue requerido por la Empresa demandada Fomento de Obras y Construcciones, S.A., a fin de poner a punto una instalación que, debido a tener cambiados las fases de los conductores, impedían que fuera normal el giro de los motores; y 2) Que encontrándose dicho profesional realizando tal operación, en presencia del encargado señor D. S., codemandado, al actuar en el cuadro general con una llave de carraca para aflojar las tuercas de los bornes de las mangueras, resultó muerto por electrocución; y al no dar o tener por demostrado, contrariamente a lo declarado por la apelada sentencia, que el suceso o accidente se hubiera producido por el negligente proceder del encargado señor D. S. ni por persona dependiente de la empresa demandada, y sí, por el contrario, que la muerte del operario por electrocución fue debida al fallo humano de la propia víctima que supuso el no haber cortado previamente el paso de la corriente al punto en el que había de actuar bloqueado los interruptores, y sin quedar demostrado que análoga y eficientemente el lamentable suceso letal provino de la negligencia profesional, acusadísima carencia de previsión y de cautela, imputables en exclusiva a la propia víctima, exonerando de responsabilidad aquiliana a los demandados los absuelve de la demanda contra ellos formulada.

El primer motivo del recurso, al amparo de la causa cuarta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, que se deduce consistir al no apreciar la Sentencia que "el encargado, Salvador D. S., tenía dada la corriente, sin avisar al Sr. S., para funcionar los ascensores", y para su demostración cita el documento del relato técnico de los hechos del Director del Gabinete de Trabajo, que lleva fecha 24 de febrero de 1984, como el informe pericial de don Luis P. F., Ingeniero Técnico; el informe pericial es doctrina de esta Sala, aparte de que no cabe catalogarlo como documento, no es válido a fines de evidenciar el error de hecho en la apreciación de la prueba, puesto que al quedar al libre criterio del Juzgador o Tribunal de

Instancia sin más sujeción que las reglas de la sana crítica; mas, por otro lado, como no hay por parte de la Sala una expresa referencia al resultado de dicha prueba, entonces, examinada la misma, hace referencia a la utilización de la llave de carraca para aflojar las tuercas; que lo normal fuera dejar sin servicio el cuadro general, y la posible manipulación de los interruptores mientras el trabajador electricista se hallaba realizando su labor, por lo que no sólo es conforme con la apreciación probatoria del Juzgador, sino que además no cabe extenderlos a otras cuestiones de hecho que le resultan extrañas; respecto al que se dice relato técnico de los hechos del Director del Gabinete de Trabajo de 24 de febrero de 1984, corresponde a un documento obrante en el testimonio de las diligencias previas, número 307/84, incoadas por el fallecimiento de Agapito S., cuya remisión y unión a los Autos es conforme a la prueba propuesta por la parte demandante, integrado en unas actuaciones llevadas a cabo por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene del Trabajo, firmado por un técnico, si bien con el visto bueno del Director del Gabinete, de dicha fecha en el que bajo el enunciado: Descripción del accidente, se dice ser debido a consecuencia de un contacto eléctrico directo de una o las dos manos del accidentado con un conductor de tensión, al tocar éste uno de los terminales de una de las fases de entrada en cuadro general, sin que estuviere cortada la corriente en el interruptor general de la acometida de fuerza; en consecuencia, aun siendo dicha información merecedora de todo respeto, en verdad no contradicen las declaraciones de la recurrida Sentencia, no evidenciando error alguno probatorio por parte del Juzgador, y muy en particular cuanto respecta a la participación en los hechos del encargado, señor D. S., le es atribuida por la recurrente; y como aparte de la referencia o cita de dichos documentos no cabe tomar en consideración la alegada apreciación que del conjunto de la prueba hace el propio recurrente, el motivo ha de ser desestimado.

El segundo de los motivos, que hay que entender amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción, por la que se dice inaplicación, de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil y la jurisprudencia sobre inversión de la carga probatoria y responsabilidad objetiva, al concurrir las dos figuras de la culpa aquiliana y la responsabilidad objetiva; y como precisamente en el segundo de los fundamentos de Derecho de la recurrida Sentencia, con notorio acierto, partiendo de los antecedentes que quedaron recogidos, se razona que la evolución experimentada por el principio subjetivista en la esfera de la culpa extracontractual hacia pautas propias de la responsabilidad objetiva, lo que en modo alguno viene permitiendo, es la exclusión del básico principio de la responsabilidad por culpa, cuya exigencia precisa de un acto dañoso antijurídico, imputable a culpa o negligencia del agente, partiendo siempre del postulado de que la culpa de la víctima excediera al agente cuando es el único fundamento del resultado, y demostrado que la muerte del operario por electrocución fue debida al fallo humano de la propia víctima, que supuso no haber cortado previamente el paso de la corriente, elemental medida de cuidado y prevención, de lo que concluye que los demandados deben quedar exonerados de la responsabilidad aquiliana exigida en la demanda, es indudable que aunque no se hace referencia a precepto alguno, implícitamente se está recogiendo cuanto disponen los invocados preceptos en su doble vertiente, exigencias y exoneración, por lo que no cabe entender que hayan sido inaplicados y con carácter general infringidos, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

R. de A.

OBLIGACIONES DE HACER: IMPOSIBILIDAD LEGAL SOBREVENIDA. (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1988.)

El primer motivo de este escueto e infundado recurso está formulado con amparo procesal en el número 4 del artículo 1.692, y en él se denuncia error en la apreciación de la prueba con base en el documento número 5 de los que se aportaron con la demanda. Motivo que claramente tiene que claudicar, pues el documento de que se trata y base de este motivo fue correctamente valorado por el Tribunal de Apelación en la Sentencia recurrida y la frase que en él figura, referente al reintegro de una de aquellas cantidades precisamente al demandante señor H. (y no al recurrente) para el caso de "incapacidad total en el trabajo", no es aplicable el caso de Autos, donde no se ha producido en realidad el supuesto propiamente dicho de incapacidad del profesional masajista señor H., sino que lo acontecido supone y significa más bien un caso de imposibilidad sobrevenida de cumplimiento de la prestación a que se refiere el artículo 1.184 del Código Civil, pues tal como resulta de los Autos, llegado el demandante y hoy recurrido a la isla de Tenerife procedente de su país, Suiza, dispuesto a trabajar en su profesión de masajista o fisioterapeuta, previa solicitud a la autoridad competente del oportuno permiso, la Delegación Provincial de Santa Cruz de Tenerife del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social le denegó aquel permiso al no estar inscrito el solicitante en el Colegio Profesional correspondiente ni poseer el título necesario para ejercer su actividad de masajista.

El recurrente, sin fundamento alguno, alega también en este motivo de manera indebida e improcedente la supuesta infracción del artículo 1.256 del Código Civil, que en modo alguno se ha producido en el supuesto de Autos, en el cual la imposibilidad sobrevenida de la prestación por la falta de la ya referida autorización administrativa para el ejercicio de su profesión obliga ciertamente a la devolución de las cantidades reclamadas por el señor H. y recogidas expresamente en la Sentencia recurrida, no sólo por aplicación del ya mencionado artículo 1.984 del Código Civil, sino también porque la exigencia de la buena fe en el ejercicio de los derechos y la prohibición del abuso en su ejercicio (art. 7 CC) impiden claramente las retenciones de las cantidades que el recurrente pretende, lo que vendría a significar además un manifiesto e injusto enriquecimiento sin causa.

El segundo motivo, difícilmente comprensible, está también condenado al fracaso, pues en él la parte recurrente, tras alegar con base procesal en el número 5 del artículo 1.692 infracción de la jurisprudencia aplicable al caso, cita sólo parte de una Sentencia relativa a la norma o criterio hermenéutico contenido en el párrafo 1 del artículo 1.281 del Código Civil (que ni siquiera menciona el recurrente), alegaciones que nada tienen que ver con el caso debatido, en el que —repetimos— la imposibilidad sobrevenida de cumplir su profesión de masajista al serle denegados al señor Roland Hof er los permisos y autorizaciones administrativas necesarias para el cumplimiento de aquellos servicios, le exime y libera al citado señor del cumplimiento de esas obligaciones cuya realización resulta así legal y físicamente imposible, sin que pueda achacársele a quien así se ve impedido de cumplir lo convenido, ningún género de culpa o negligencia en la concurrencia de la repetida imposibilidad sobrevenida que viene a extinguir la obligación de que se trata.

R. de A.

COMUNIDAD DE BIENES. EXCLUSIÓN DE UN COMUNERO DEL RÉGIMEN DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CONVENIDO. RENDICIÓN DE CUENTAS. EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD: DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN (ADJUDICACIÓN A UN COMUNERO: ESACTO DE DISPOSICIÓN Y NO DE ADMINISTRACIÓN.) (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1988.)

Estamos en presencia de dos recursos de casación formulados contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, con fecha 2 de marzo de 1987. Comenzando por el examen del interpuesto por don Bernardo, doña Irene, doña Priscila y doña Palmira L. P., procede desestimar el primero de los motivos de este recurso formulado al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendida aplicación indebida del artículo 394 del Código Civil, sobre régimen de uso de la cosa común e infracción del artículo 398 del mismo Código, en cuanto establece el régimen de administración de tales bienes comunitarios y que afecta a la exclusión de la comunera doña Eloína L. P. del régimen de prestación de servicios convenido, por entender los relacionados recurrentes que, en contra de lo apreciado en la sentencia recurrida, se dieron irregularidades posibilitadoras de tal exclusión.

En realidad, lo que dicho motivo plantea implica y supone hacer supuesto de la cuestión, lo que resulta improcedente en casación, dado que la Sala sentenciadora de instancia, al tratar de tal aspecto, expresamente establece como apreciaciones fácticas que la exclusión de doña Eloína L. P. fue debida única y exclusivamente a actos unilaterales de los otros comuneros, don Bernardo, doña Irene, doña Priscila y doña Palmira L. P., ahora recurrentes, pretextando unas desavenencias familiares y unas irregularidades sin entidad suficiente para ello y sin apoyo en lo pactado en el documento entre todos ellos concertado el 28 de diciembre de 1973. Y sabido es que tales apreciaciones fácticas son vinculantes en casación al no haber sido desvirtuadas por el cauce o vía del error en la apreciación de la prueba con base en el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procedimiento y ordinal correspondiente al que no han acudido los relacionados recurrentes.

Tampoco es de acoger el motivo segundo de este recurso amparado también en el número 5 del mismo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se alega interpretación errónea del artículo 395 del Código Civil, en cuanto al alcance que deba darse a la obligación de contribuir a los gastos de conservación de la cosa común como consecuencia de haberse tenido que suplir la prestación personal de la actora por la circunstancia de haber sido excluida doña Eloína L.P. del régimen de prestación de servicios convenido con los demás comuneros: don Bernardo, doña Irene, doña Priscila y doña Palmira L. P.

El motivo debe declinar por las siguientes razones: a) en primer lugar, porque, como se ha indicado en el fundamento anterior relativo a que tal exclusión fue debida única y exclusivamente a actos unilaterales de los demás hermanos pretextando unas desavenencias y unas irregularidades sin entidad suficiente y sin apoyo en lo pactado en el documento de 28 de diciembre de 1973, ello determina que no pueda establecerse a cargo de aquella lo que es consecuencia de exclusión que no se reconoce sea debida a una convivencia que no sea correcta, cual considera el repetido documento; b) en segundo lugar, porque es lo cierto que la circunstancia de haber dejado de trabajar la referida doña Eloína en la comunidad de que se trata no generaría abono de gastos con base al artículo 395 del Código Civil, sino simplemente conduciría a que el que dejare de realizar el trabajo, siéndole imputable tal extremo, sólo podría pedir de los beneficios ad-

quiridos por la comunidad una parte inferior a los demás miembros que sigan trabajando, en la cuantía proporcional con el trabajo que hubiere dejado de hacer, tal como expresamente se convino y puntualizó en el repetido documento suscrito por todos los hermanos el 28 de diciembre de 1973.

También ha de ser desestimado el tercer motivo de este recurso en el que los hermanos don Bernardo, doña Irene, doña Priscila y doña Palmira L. P. sostienen, como fundamento procesal en el número 5 del artículo 1.692, interpretación errónea del alcance del derecho a la tutela jurisdiccional que se deriva de los artículos 524 y 360, en relación con los artículos 1.457 y 1.563 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.100 del Código Civil, entendiendo dichos recurrentes que debió ser precisada convenientemente por los Juzgadores de instancia, con la debida precisión y claridad, la rendición de cuentas decretada y no establecerla con referencia al momento de ejecución de Sentencia. Procede la desestimación del motivo toda vez que la Sentencia recurrida no adolece de esa pretendida falta de claridad y precisión ni incurre en la exigencia indefinida de las mencionadas cuentas que los recurrentes alegan en este tercer motivo de su recurso, pues la Sentencia de la Audiencia, en concordancia con el pedimento primero del suplico de la demanda inicial y en cuanto acepta tal particular de la Sentencia del Juzgado, al fijar que tal liquidación se llevará a cabo hasta que se pida la ejecución de la Sentencia, está revelando precisión y claridad, bastando al efecto que cualquiera de las partes solicite la referida ejecución, y más en cuanto que nada impide que después de dictada Sentencia afectante a la disolución de una Comunidad, la liquidación de sus cuentas se supedita al tiempo en que esa liquidación ha de llevarse efectivamente a cabo.

Por el contrario, procede estimar los cinco motivos de casación, íntimamente relacionados entre sí, en que se ampara el recurso interpuesto por doña Eloína L.P. y que esta parte formuló al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alegando, respectivamente, interpretación errónea del artículo 398, infracción de los artículos 1.288, 1.283, 1.285 e interpretación errónea del artículo 404, todos ellos del Código Civil. Se trata en esencia de la forma en que ha de llevarse a cabo la extinción o cesación de la comunidad cuestionada, instada por los demandados reconvinentes en el pronunciamiento tercero de la reconvención por ellos ejercitada, puesto que, reconocido por la Sala sentenciadora de instancia que hay que partir de que todos los litigantes están conformes con la cesación de la comunidad, así como que los bienes hasta ahora poseídos en común no se pueden dividir, está fuera de toda duda tanto la pertinencia de la *actio communi dividundo* como la necesidad de adoptar las medidas oportunas para que se proceda a la cesación de la posesión en común sin necesidad de dividir los bienes, al ser la gasolinera integrante de la referida comunidad un bien esencialmente indivisible. Y si bien en el supuesto de indivisibilidad el artículo 404 del Código Civil permite que los comuneros puedan convenir que se adjudique el bien a uno de ellos indemnizando a los demás, es igualmente cierto, en contra de lo apreciado por la Sala de Instancia, que el reiterado documento de 28 de diciembre de 1973 por el que se rige la expresada comunidad en manera alguna conduce a que la extinción de aquélla deba hacerse, como establece la resolución recurrida, adjudicando los bienes que la integran al comunero que sea designado por la comunidad, indemnizando a los demás conforme a la participación de cada uno y en la forma que se fije en fase de ejecución de sentencia, siguiendo la normativa que para los actos de administración y mejor disfrute previene el artículo 398 del Código Civil, sino a tenor de lo establecido en el artículo 404 del mismo Código, es decir, adjudicando a cual-

quiera o cualesquiera de los comuneros tales bienes en comunidad esencialmente indivisible si lo **convinieren** todos ellos, con indemnización a los demás o, en su defecto, vendiendo tales bienes y repartiendo el precio resultante, efectuando la venta mediante la correspondiente subasta a realizar entre los precitados comuneros demandante y demandados y sin intervención de extraños o terceros. Todo ello teniendo en cuenta como base inicial de licitación el valor que fije a los tan repetidos bienes comunales y obras un Perito, tal como se estableció al ser creada la comunidad en el documento tantas veces citado de 28 de diciembre de 1973, pues el contenido del mismo claramente revela que lo querido por sus otorgantes en ese extremo **fue** que los indicados bienes que integran la comunidad no salieran del ámbito familiar. Y sin perjuicio, claro está, de que si el remate no llegare a alcanzar tal valor fijado por Perito, se adjudique al mejor postor de entre los comuneros, con la correspondiente indemnización a los demás, pues lo contrario vendría a significar mantener permanentemente una relación de comunidad no querida por sus miembros y convertida así en indefinida, lo que no es procedente en Derecho.

En consecuencia, al ser estimados los motivos en que se ampara este segundo recurso de casación, interpuesto por doña Eloína, y de conformidad con lo prevenido en el número 3 del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede modificar la Sentencia recurrida en los términos que determina el precedente fundamento de Derecho.

Mantener lo establecido por la Sentencia de apelación en tal extremo supondría, de una parte, el conferir facultades de mera administración del artículo 398 del Código Civil con base en el módulo de mayoría de los partícipes a **un** supuesto que en realidad implica y supone verdadero gesto de disposición (y no de administración) al tratarse de adjudicación a uno o varios de los comuneros, con exclusión de los demás; y de otro lado, de seguir mantener ese criterio de mayorías que la Sentencia recurrida acoge, quedaría al libre criterio de unos comuneros el valor de la adjudicación, en posible perjuicio económico de los demás.

La modalidad en que ha de ser llevada a cabo la extinción o cesación de la comunidad interesada por los reconvinentes en los términos expresados en el cuarto de los precedentes fundamentos de Derecho no supone falta de congruencia, sino pleno y sustancial acomodo a lo pedido, puesto **que** se trata de aspectos complementarios de la propia extinción o cesación de dicha comunidad para que la misma pueda tener adecuada efectividad.

R. de A.

ERROR DE HECHO: NO EXISTE. (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1989.)

En el primero de los motivos instrumentados tiene su radicación procesal en el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, por estimar quien impugna que en la Sentencia recurrida se incide en error en la apreciación de la prueba que "se basa en documentos que obran en Autos que demuestran la equivocación del Juzgador y no resultan contradichos por otros elementos probatorios", documentos que son "los contratos de arrendamiento de 1 de septiembre de 1977 y de 12 de mayo de 1981..., en relación y concomitancia con los documentos TRES y CUATRO del propio escrito de demanda referentes a tener acreditado la existencia de una reserva de aparcamiento en el local objeto del contrato de arrendamiento".

El motivo resulta de imposible estimación por una razón fundamental: la de que los referidos documentos no sólo demuestran la equivocación del Juzgador, sino que, además, tampoco resultan contradichos por otros elementos probatorios; y no acontece una cosa así, no porque en ellos no se constase lo que en la motivación se indica, sino porque efectivamente acreditado, ello no tiene efecto alguno en la resolución impugnada, en la cual lo que efectivamente se resalta es la ausencia de culpa en el demandado. Así, para resolver justa y jurídicamente la cuestión planteada por el recurrente, tanto en ésta como en las restantes motivaciones se hace necesario partir de que, según el Tribunal *a quo*, "el apelante sólo ha replanteado su disenso a la Sentencia recurrida con base en la primera" reclamación; o sea, la relativa a su pretensión de un resarcimiento por vía del artículo 1.101, en relación con los 1.453, 1.554, 1.560 y 1555.2 del Código Civil y 9 de la LAU, con base en la atribución de una culpabilidad a quien se estima agente productor del perjuicio, pretensión la interesada, que exige acreditar la existencia de esa conducta culpable que no aparece de los documentos ofrecidos como fundamento de la motivación, dado que lo por ellos acreditado es la existencia de unos contratos de arrendamiento y la "reserva para el aparcamiento de vehículo"; y no es posible probar dicha culpa, porque como se declara en la Sentencia de Primera Instancia cuyos considerandos son aceptados expresamente por la aquí impugnada, y en lo que al demandado-recurrido se refiere, "no es posible imputar las consecuencias perjudiciales que en la demanda se acusan, porque al adquirir el bien no se hallaba de manifiesto ni material ni jurídicamente la tan repetida reserva" (se está refiriendo a la del garaje).

El mismo repudio merece la motivación tercera, que como la que se acaba de estudiar, tiene su apoyo en el mismo ordinal 4 del citado artículo 1.692 de la Ley Procesal, siendo los documentos que se señalan como apoyo del error los 1 a 4 y 5 al 38 del escrito de demanda, a medio de los cuales se pretende acreditar la equivocación del Juzgador de Instancia al no admitir la existencia de incumplimiento por parte del demandado, desestimación que tiene la misma explicación que la precedente, en cuanto una cosa es que el arrendatario no haya podido usar y disfrutar del inmueble arrendado como corresponde según la Ley a tal negocio jurídico y otra que esa imposibilidad sea obra de la conducta del arrendador, lo cual, como se indicó ya en el anterior fundamento, es lo acontecido en el supuesto aquí contemplado.

En cuanto al motivo segundo, con sustento procesal en el número 5 del mismo precepto que los anteriores, denuncia la no aplicación de los artículos 1.554 en relación con los 1.555-2.º, 1.560, 1.553 y 1.502 del Código Civil, así como de los 1.091 y 1.124 del Código Civil y la del 1.902 del mismo cuerpo legal, este último por interpretación errónea y aplicación indebida. El perezimiento de esta motivación es una consecuencia ineludible de los razonamientos que se han dejado expuestos en los precedentes fundamentos, ya que acreditada la no concurrencia por culpa o negligencia en el demandado, la inaplicación de los preceptos que se señalan como no aplicados fluye inevitablemente. En cuanto a la también denunciada no aplicación, interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil, independientemente de este cúmulo de infracciones que parecen señalarse con la idea de que esta Sala opte por la que más conveniente estime, es lo cierto que por lo explicado en el segundo de estos fundamentos dicho precepto no ha podido ser infringido.

R. de A.

RESPONSABILIDAD CIVIL.—DETERMINACION DE LOS DAÑOS.—LOS PELIGROS "LATENTES".—ADOPCION DE MEDIDAS CORRECTORAS POR LOS TRIBUNALES CIVILES.—DAÑOS CONTINUADOS O DURADEROS: PRESCRIPCION.—COMPENSACION DE CULPAS (NO EXISTE). (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1989.)

En el recurso interpuesto por los que en los Autos fueron demandantes, articulado con cuatro motivos, denuncian, sus dos primeras, bajo el amparo de la causa tercera del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la infracción del artículo 359 de dicha Ley Procesal; se dice en el primero, que la recurrida sentencia "incide en neta incongruencia por *minus petita* al establecer condena a una cantidad determinada —3.770.475 ptas.— como correspondiente a los daños y perjuicios ocasionados entre 1981 y 1985", cuando en el hecho cuarto de la demanda se reclamaba los diez años anteriores a la demanda; mientras en el segundo se acusa a la sentencia de no efectuar pronunciamiento alguno en orden al riesgo notorio de que se les produzca (a los actores) en el futuro graves dolencias", que como concepto indemnizable, fue señalado en la demanda; si por incongruencia hemos de entender la discrepancia o falta de adecuación entre las pretensiones deducidas por las partes y la resolución acordada por el Juzgador, en síntesis, entre suplico de la demanda y fallo de la sentencia, fácil es colegir de la confrontación de uno con otro, que no existe, tales incongruencias y así es de ver que conforme a la primera de las pretensiones lo era la condena a la demandada a abonar a los actores la cantidad de 8.238.460 pesetas como indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, ante la que la recurrida sentencia condena a la empresa demandada (ENSIDESA) a abonar a los actores 3.770.475 pesetas, y si bien es cierto que al cuantificarse en la recurrida sentencia el importe de las diversas partidas: pérdidas en frutales, disminución de la leche, disminución del valor de los animales, deterioros en cubiertas, cuyas sumas integran dicha cantidad, se hace referencia a los años 1981 a 1985, referidos al informe del Perito señor Alvarez Alonso y se afirma corresponden al período al que se contrae la reclamación si como entiende la parte, la indemnización reclamada lo es referida a los diez años anteriores a la demanda, es lo cierto que en todo caso puede existir un error en la apreciación de la prueba o cualquier otro vicio pero lo que no cabe nunca es calificar de incongruente a la recurrida sentencia; al igual que en relación al segundo de los motivos, puesto que si la cantidad reclamada 8.238.460 pesetas, corresponde a la suma de la correspondiente a los daños y perjuicios en la producción agrícola y pecuaria, daños en tejados y cubiertas de las edificaciones, como en cuanto a las personas se refiere por la producción de afecciones respiratorias en especial al hijo de corta edad de don José Manuel G.B. así como a la actora doña Sira B. G. de edad avanzada y conforme se razona en la recurrida sentencia nada se ha probado respecto a que doña Sira B. G. y el menor de edad José Manuel G. A. sufran padecimiento achacable a la polución ambiental existente, para después del fallo señalar como cuantía a indemnizar por la demandada la de aquellos 3.770.475 pesetas referida solamente a aquellos daños antes especificados, es evidente que ante el suplico de la demanda no tenía que hacer una expresa referencia a los conceptos desestimados bastando solamente aquel global señalamiento, por lo que tampoco en este particular al que se remite el motivo quepa decir que la sentencia sea incongruente, haciendo todo ello decaer dichos dos primeros motivos del recurso.

El motivo tercero, amparado en la causa cuarta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia, en su expresión literal, el haberse producido

en la sentencia un evidente error en la apreciación de la prueba, al entender no acreditado la producción de perjuicios a las personas de los demandantes, y resulta sin embargo demostrado por los documentos que, sin contradicción alguna de otros medios de pruebas, existen en Autos que acreditan directamente la existencia de esos perjuicios personales; entonces resulta evidente que si bien el recurrente nos dice en qué consiste el error, lo hace evidenciar de su particular apreciación probatoria, contraria a la que llega el Juzgado, puesto que los documentos en los que se va apoyando han sido tenidos en cuenta por dicho juzgado, ya sí se dice que la propia sentencia recoge la existencia (al folio 211 de los Autos) del informe del Organismo competente sobre límites reglamentarios, igualmente se recoge la situación de la finca según reconocimiento judicial practicado por la Sala, la misma sentencia recoge la incidencia perjudicial de dichas inmisiones en la vida vegetal como en la animal, intensa polución producida por la demandada a la que obliga a la adopción de medidas correctoras, con referencia final a toda la prueba documental existente en Autos, esto es el recurrente efectúa por sí una apreciación probatoria paralela a la realizada por el Juzgado y sentido su particular resumen probatorio llega a la conclusión con la que encabeza el motivo y como tal proceder no puede prevalecer sobre la conclusión sentada por el Juzgado el motivo ha de ser desestimado.

El motivo cuarto, último del recurso, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil, argumentando que dándose por probado la existencia de una contaminación ambiental masiva e intensa que afectó gravemente a las fincas y viviendas de los actores y produjo gravísimas afecciones gástricas y respiratorias al ganado vacuno, sienta con ello una situación de peligro latente también para las vidas humanas por el riesgo notorio de producir graves dolencias a las personas y ello integra un perjuicio, al menos de orden moral, que debió haber sido considerado y valorado, mas tal aspecto de la cuestión, que no deja de presentar cierto interés, al no haber sido planteado en su momento procesal oportuno, se nos presenta en este extraordinario recurso de casación, como cuestión nueva y por ello vedada de acceso al mismo, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

Desestimados los cuatro motivos con los que se articula este primer recurso, procede declarar no haber lugar al mismo con imposición de las costas, que le sean propias, a la parte recurrente por preceptiva del artículo 1.715 de la Ley Procesal Civil.

El primero de los motivos del recurso planteado por la que fuera demandada en los Autos. Ensidesa, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción de los artículo 533.1.º de la expresada Ley Procesal y 15 de la Ley 38/72 de 22 de diciembre, sobre la falta de jurisdicción de los Tribunales Civiles "para la imposición de medidas técnicas necesarias para que dejen de producirse los daños y perjuicios que se dicen ocasionados", por lo que en verdad resulta equivocado el cauce procesal elegido ya que lo debió ser el de la causa segunda del mencionado artículo 1.692, se especifica que la falta de jurisdicción lo es a los efectos de la imposición de aquellas medidas técnicas a que se hizo referencia por lo que parece centrarse en cuanto al pedimento segundo de la demanda, referente a la condena a la demandada a llevar a cabo las medidas que técnicamente sean necesarias para que dejen de producirse los daños y perjuicios litigiosos, así estimado en la recurrida sentencia, excepción ésta que al ser planteada en la contestación a la demanda fue desestimada en la sentencia de primera instancia, al entender el Juzgador que basándose la acción ejercitada en los artículos 1.902 y 1.908 del

Código Civil como acción de resarcimiento de daños y perjuicios debidos a culpa extracontractual, su conocimiento es propio de la jurisdicción civil y desestimación que confirma la sentencia recurrida, la que siguiendo doctrina de esta Sala señala como, cuanto se recoge en las disposiciones administrativas: Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, Ley sobre Protección Ambiental, Decreto de 6 de febrero de 1965 sobre adopción de medidas protectoras, se están refiriendo a estados generales de perturbación del medio ambiente con graves situaciones para la población situada en determinadas zonas que por su generalidad están contemplando intereses públicos, lo que no puede equipararse a la lesión patrimonial por inmisiones dañosas en propiedades determinadas, cuyos titulares demandan el pertinente resarcimiento y el consiguiente remedio a la actividad ocasionadora del menoscabo, cuestiones éstas que son de la exclusiva competencia de los Tribunales de orden civil, y es que en verdad importa evitarse o aclararse el equívoco de creer, tal como lo entiende el recurrente, que porque a la Administración y en relación a aquel interés público corresponda ordenar y controlar la adopción de medidas protectoras, se trata en todos sus aspectos de materia propia del Derecho administrativo y ciertamente que le interesa en aquellos aspectos generales, pero independientemente cuando afecta a derechos subjetivos privados pierde aquel carácter para entrar de plano en el campo propio del Derecho civil, artículo 590 del Código Civil y no menos 1.908 del propio Código, y que de incurrir en responsabilidad, se hará efectiva bajo el dictado de la legislación civil, sin olvidar que el acatamiento y observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o interesados en orden a sus derechos subjetivos lesionados, puesto que si aquéllos contemplan intereses públicos sociales, ésta resguarda el interés privado exigiendo, en todo caso, el resarcimiento del daño y en su caso la adopción de medidas para evitarlo o ponerle fin a ambos aspectos competencia de la jurisdicción del orden civil y si esto es así, no cabe decir que el Juzgador haya infringido lo precitado en el artículo 533 de la Ley Procesal Civil y artículo 15 de la Ley 38/72, de 22 de diciembre, haciendo decaer el motivo.

El segundo de los motivos, bajo el amparo de la causa tercera del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se afirma que la recurrida sentencia falta a la congruencia al dar más de lo pedido por la parte actora en el particular relativo a los daños que se dice ocasionados por pérdidas en la producción lechera y por detrimento en el precio de venta del ganado, pues dichos conceptos el actor los valora, en el hecho cuarto de la demanda en 550.000 pesetas anuales, conforme al informe pericial que aporta como documento 14 y sin embargo la sentencia concede por los mismos conceptos, con fundamento en el informe pericial realizado para mejor proveer 542.500 pesetas, para el año 1981 y 723.000 pesetas para cada uno de los que van de 1982 a 1985 ambos inclusive, mas si se tiene en cuenta que lo que hace el actor en el hecho cuarto de la demanda es sacar una medida anual para después totalizarla en relación a los diez años, como período de tiempo al que se extiende la reclamación fijándola en 5.000.000 de pesetas por los conceptos que se señalan, mientras que la recurrida sentencia cuantifica los daños, conforme se hizo referencia al examinar los dos primeros motivos del recurso interpuesto por los actores, en 3.770.475 pesetas, importe al que condena a la demandada, y al ser inferior a la que se reclama por aquéllos, no cabe decir que la sentencia sea incongruente por dar más de lo pedido, siendo el motivo desestimado.

Los motivos cuarto y sexto, se amparan en la causa cuarta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se dice en el primero de ellos que se denuncia error en la apreciación de la prueba, basando el motivo en los documentos que obran en autos, que después se especificarán "por lo que se refiere a la apreciación y declaración en los fundamentos jurídicos de la recurrida de la existencia de relación de causalidad entre los daños que se dicen producidos y la conducta de mi representada en lo referente a las emisiones que se producen en las instalaciones de Hornos de Cal y Acería L-D-II", mientras se afirma en el último que "se postula la casación de la recurrida sentencia, por apreciación errónea de la prueba practicada basado en los siguientes documentos que demuestran la equivocación del Juzgador", relacionándose en efecto una serie de documentos: Informes, planos, documentos del 5 al 27 y del 36 al 49, certificaciones, particulares para hacer la declaración de que "las razones del presente motivo son las mismas que, por lo que se refiere a la relación de causalidad, se articulan en el motivo cuarto del presente recurso", en este orden es reiterada la doctrina de esta Sala sobre que el nexo o relación de causalidad es tema de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora, y es que en realidad cuanto se refiere a la existencia del daño o perjuicio, como a la acción u omisión, son cuestiones fácticas a tratar por la vía procesal del número 4.º, mas el nexo o relación de causalidad queda como se indica al criterio de la Sala sentenciadora si bien y como precisa de un juicio o comparación de ideas para establecer la relación de causa o efecto, para lo que ha de acudirse a las reglas del criterio humano que no son otras que las de la lógica y recta razón, y puede resultar tratable, en todo caso, por la más amplia vía del número quinto, por lo que al declarar la recurrida sentencia que "los demandantes prueban por medio de información testifical la existencia de unos daños realmente existentes en el Caserío El Cardoso, separada de terrenos de la factoría demandada por la carretera que conduce a Candás y en donde se hayan (sic) enplazados los Hornos de Cal y la Acería L-D-II, informando la Consejería del Territorio, Vivienda y Medio Ambiente del Principado de Asturias, que las emisiones de los mencionados Hornos están por encima de los límites fijados, y aunque en los informes periciales existen evidentes contradicciones el del veterinario don Lucio Ignacio Carlegio Goñi, manteniendo la misma línea que los testigos, antes mencionados, uno también veterinario y el otro perito agrícola (que cuantifican los daños que atribuyen a las emisiones de partículas contaminantes por parte de Ensidesa), y asimismo el Ingeniero Técnico-Agrícola don José Antonio Alvarez Alonso, señala como la naturaleza química del polvo sedimentado evidencia que el mismo procede de los hornos de cal de Ensidesa y no de la acería, más próxima a la finca y no aprecia la existencia de otras instalaciones, ajenas a dicha factoría a las que pudiera atribuirse, en todo o en parte la inmisión de los humos cuyos daños son objeto de reclamación", para terminar condenando a la empresa Ensidesa, a que abone a los actores la cantidad a la que se hizo anterior referencia, por lo que queda necesariamente sentado aquella relación de causa a efecto que la Sala sentenciadora aprecia y que no cabe decir sea ilógica o falta de razón, ambos motivos han de perecer.

El tercero de los motivos, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de los artículos 1.968-2.º, 1.969 y 1.973 en relación con el 1.902 y 1.908 del Código Civil y doctrina legal contenida en las sentencias que se citan, se trata de combatir la declaración de la recurrida sentencia en cuanto se rechaza la excepción de prescripción acogida en la sentencia de primera instancia, en cuanto a los daños que tengan mayor antigüedad al año de presentación de la demanda, mas como la cuestión se

centra en la conclusión a la que llega el Juzgador *a quo* de que, cual sucede en la situación de la que se deriva la pretensión deducida en autos, de que la sucesión de actos, provocan en su perjudicial progresión un resultado lesivo de actividad más acusada que la simple suma de los repetidos agravios, no puede decirse, mientras no desaparezca la causa determinante de dicho resultado antijurídico, que empieza a correr el plazo del año para la prescripción, al no resultar alterada tal situación, así contemplada en la recurrida sentencia, no puede decirse hayan sido infringidos los mencionados preceptos debiendo ser desestimado este **tercer** motivo.

El motivo quinto, **último** por examinar, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción de artículos de tan diverso contenido como los 1.902 y 1.908-2.º en relación con el 1.101 y 1.104-1.º del Código Civil, los 1.214, 1.240, 1.242, 1.243 y 1.253 también del Código Civil y 633 y 659 de la Ley Procesal con lo que en verdad se produce con cierta confusión, a lo que contribuye el que se afirme que se apoya este motivo en las razones ya expuestas en el motivo anterior (motivo que por la vía del núm. 4.º se combatía la relación de causalidad) centrándose el motivo en la crítica de la prueba de reconocimiento judicial, pericial, de presunciones, mas no para poner de relieve algún error de Derecho, sino para valorarlas según su propio criterio, terminando con una referencia a la conducta de los actores a los que hace partícipes en la cadena causal determinando la aplicación de la doctrina sobre compensación de culpa y como nada de ello puede prosperar aquel particular criterio probatorio puesto que no cabe hacerlo prevalecer sobre el del Juzgador y la existencia de culpa en los actores y en su caso compensación por cuestión nueva **determinan** la desestimación de este último motivo.

R. de A.

**INTERPRETACION DEL CONTRATO. ACTOS PROPIOS (CUESTION NUEVA).
ERROR DE HECHO. (SENTENCIA DE 9 DE ENERO DE 1989.)**

Contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca que, desestimando la demanda formulada por don Luis J.F. y estimando la reconvencción deducida por don Miguel B.B., condena al primero a pagar al segundo la cantidad de tres millones quinientas mil pesetas más los intereses legales de dicha suma desde la fecha de la reconvencción; el referido señor J. F. interpone este recurso de casación, que articula a través de dos motivos.

Por el primero de dichos motivos, con sede procesal en el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurrente denuncia "error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en Autos, que demuestran la equivocación de la Sala juzgadora, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios", cuyo motivo ha de fenecer, porque la esencia institucional y teleológica del mismo radica en la cita del documento o documentos concretos y determinados que, por sí solos y sin necesidad de deducciones, ni de formulación de hipótesis, evidencien el error que se dice denunciar, cuya cita concreta no hace el recurrente, sino que con referencia indiscriminada a los diversos documentos privados y escrituras públicas obrantes en Autos, todos los cuales ya han sido valorados y tenidos en cuenta por la Sala de Instan-

cia, lo que, en realidad, pretende es que este Tribunal realice un nuevo proceso valorativo de la prueba, olvidando, por un lado, que la casación no es una tercera instancia, sino simplemente un recurso extraordinario encaminado a determinar si, dados unos hechos, es o no correcta la solución jurídica adoptada por los juzgadores de la instancia, y, por otro, que carecen de idoneidad para servir de soporte a este motivo aquellos documentos que, como ocurre en el presente caso, ya han sido apreciados y tenidos en cuenta por la Sala de apelación en su valoración conjunta de la prueba practicada, de la que, con criterio imparcial, objetivo y ponderado, que ha de prevalecer sobre el subjetivo, parcial e interesado que el recurrente trata de imponer a través de este motivo, ha alcanzado la conclusión de que de los tres documentos privados de fecha 6 de febrero de 1984 (uno de reconocimiento de deuda y dos de venta de solares), que no han sido desvirtuados por las posteriores escrituras públicas de venta, como luego se dirá al estudiar el motivo siguiente, y teniendo en cuenta los pagos que aparece probado realizó el señor B. B. al señor J. F., resulta que pagó más de tres millones quinientas mil pesetas, que son las que, con estimación de la reconvencción, la Sentencia recurrida condena al señor J. a que pague o devuelva al señor B..

No mejor suerte ha de corresponder al segundo y último motivo, articulado por el cauce procesal del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el que el recurrente denuncia infracción "del artículo 1.281, párrafo primero, del Código Civil y doctrina legal que lo interpreta", pues al no plantear la cuestión debatida problema alguno de interpretación contractual, la Sentencia recurrida no ha tenido que realizar ninguna actividad exegética, por lo que no ha podido incidir en infracción del precepto que invoca el recurrente ni de ningún otro de los que regulan la expresada actividad, sino que partiendo de la incuestionada existencia de los tres ya citados documentos privados de fecha 6 de febrero de 1984, en uno de los cuales el señor B.B. reconoce adeudar al señor J.F. dos millones de pesetas y por medio de los otros dos el señor J. vende al señor B., respectivamente, los solares números 10 y 19, aunque luego éste fue sustituido, de mutuo acuerdo entre las partes por el solar número 9, de menor extensión éste en doscientos metros cuadrados que el inicialmente vendido por el precio de siete millones de pesetas el número 10, y de seis millones de pesetas el número 9, todo lo cual arroja un total de deuda del señor B. al señor J. de quince millones de pesetas, y considerando probado, como ya se ha dicho al examinar el motivo anterior, que el señor B. ha pagado al señor J. por los expresados conceptos dieciocho millones quinientas mil pesetas, la Sentencia recurrida, desestimando la demanda y estimando la reconvencción, condena al señor J. a que abone o devuelva al señor B. tres millones quinientas mil pesetas que éste había pagado de más a aquél por los referidos conceptos, sin que sea dable alegar o sostener ahora, como pretende hacer el recurrente por medio de este motivo, que los dos referidos solares no fueron vendidos por él al señor B. a través de dichos documentos privados, sino que lo han sido por otras personas a través de las escrituras públicas que obran unidas a los Autos, pues dicha extemporánea alegación, además de contravenir directa y frontalmente la doctrina de los actos propios, ya que el señor J. tiene reconocida expresamente en el proceso del que este recurso dimana (véase su escrito de contestación a la reconvencción y el resultado de su confesión judicial) la autenticidad y certeza de los citados documentos privados de venta, y además de suponer el intento de introducir por medio de este motivo una cuestión nueva no debatida en el proceso y, por tanto, rechazable en esta vía casacional, la misma no se corresponde con la realidad, pues aparece probada, como así lo declara la Sala de

Instancia, la certeza de tales ventas por el señor J. al señor B., por medio de los referidos documentos privados, si bien luego las escrituras públicas de venta, como tan frecuente es en la práctica para evitar los gastos de las transmisiones intermedias, fueron otorgadas, como vendedores, por quienes figuraban como titulares escriturados y registrales de los solares vendidos, como lo prueban los otros documentos **privados**, aportados por el propio recurrente señor J. a los Autos, por los que las personas de nacionalidad extranjera **que** inicialmente habían adquirido por documento privado dichos solares o parcelas, autorizan a EXTUMESA ("Explotaciones Turísticas Mediterráneas, S.A.") para que pueda otorgar escritura pública de venta de dichos solares "a favor de don Luis J. F. o persona o entidad jurídica que éste designe, manifestando que de dicho señor J. he sido reembolsado de todos mis derechos sobre el citado solar, estando totalmente saldado y liquidado" (folios 43 y 71 de los Autos).

R. de A.

CONTRATOS ATÍPICOS. "REFORMATIO IN PEIUS". INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1988.)

Se articula el recurso con cinco motivos en los que, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se expresa la causa, de los cinco enumerados en el artículo 1.692 de la propia Ley, en las que se amparan, pues aunque el recurrente en el encabezamiento del escrito de recurso cita el número 5 del expresado artículo 1.692, lo es, a su entender, en cuanto justifica la procedencia de su interposición, por lo que supliendo la Sala tal laguna es de especificar que los cuatro primeros lo son al amparo de la causa quinta y el último, por ser de orden procesal, lo debe ser al amparo de la causa tercera del precitado artículo 1.692 y en su razón de examen previo a sus anteriores.

Se denuncia en el quinto de los motivos "la infracción por inaplicación del principio general del Derecho procesal *non reformato in peius*, quedice que la Sentencia recurrida ha reformado en perjuicio del recurrente, único apelante, la Sentencia apelada, ya que ésta establecía el derecho de Bindesa a recibir la indemnización económica por el simple hecho de la rescisión del contrato, mientras que la ahora recurrida limita y restringe tal derecho ya que la supedita a la justificación, con ejecución de Sentencia de la entrega por Bindesa de los elementos de juego que formaban parte de la Sala; entendía el Juzgador de Primera Instancia que "cumplido el plazo de los cinco años y llegado en su caso la resolución del contrato, se establece en la cláusula quinta un derecho a una compensación económica a favor de Bindesa, y así en el fallo se concede a la actora al pago de la compensación por la cantidad que en su día se justifique"; apelada la Sentencia por la entidad demandada, Bingos de Sagunto, S.A. (Bindesa), y al no serlo por la actora Casino Recreativo y Cultural de Altos Hornos del Mediterráneo, es de ver si dicha condena es en efecto reformada en perjuicio de dicho único apelante; en la Sentencia de apelación, en el primero de sus fundamentos de Derecho se hace referencia a que al no formular apelación la parte actora y, consiguientemente, aquietarse con "la condena a indemnizar a Bingos de Sagunto, S.A. (en adelante, Bindesa) con la cantidad que se determine por las inversiones que esta realizó", recogiendo en el fallo: "Declarando firme por no impug-

nada la condena al Casino Recreativo y Cultural de Productores de Altos Hornos del Mediterráneo a pagar a Bingos de Sagunto, S.A., la indemnización a que se refiere el **fundamento** de Derecho sexto de esta Sentencia, y ello en los términos allí especificados"; fundamento sexto en el que se razona que esta condena a abonar a Bindesa la indemnización a que se refiere la cláusula 5.^a está en conexión con la obligación de Bindesa de entregar las instalaciones de juego propios de la sala, cuya indemnización lo sería con arreglo a los criterios de valoración fijados en la cláusula 5.^a; y si en verdad así planteado no parece sino que en efecto aquella condena es reformada en perjuicio del único apelante, es lo cierto que si se tiene en cuenta que la misma viene determinada por la cláusula 5.^a del contrato, **era** como razonado por el Juzgador de **Primera** Instancia, lo que hace el de apelación es aclararla al ponerla en relación con dicha cláusula, sin que por lo tanto pueda decirse que es reformada en perjuicio del apelante, pues lo que no cabe entender es que por el simple hecho de quedar resuelto el contrato correspondiere a Bindesa dicha indemnización, cual en efecto parece ser de la lectura del fallo de primera instancia, no obstante justificase en el correspondiente considerando que hay que conjuntarlo con dicho extremo del fallo, que "llegado, en su caso, la resolución del contrato se establece en la cláusula 5.^a su derecho a una compensación económica a favor de Bindesa, lo que, como igualmente se razona, es innegable que Bindesa ha hecho inversiones en la sala de bingo, que según lo pactado deben indemnizarse; y si esto es así no cabe entender que el Tribunal de apelación al ordenar en sentido en que debe ser tenida dicha condena haya perjudicado al apelante, que de otro modo se vería enriquecido injustamente; por lo que el motivo ha de ser desestimado.

El motivo primero denuncia la infracción, se dice, por aplicación indebida de los artículos **1.281, 1.282, 1.283, 1.284 y 1.285** del Código Civil en cuanto y en relación con la cláusula segunda del contrato, el Juzgador se ha atenido a su primer párrafo para deducir el estar sometido a un término final o resolutorio, prescindiendo de su párrafo segundo, con lo que infringe el artículo 1.285 del Código Civil, puesto que de éste se deduce que no es término contractual, sino una **fecha** señalada para que el Casino pueda optar por la gestión de la sala con sus propios medios; igualmente concreta otro por error interpretativo en relación con la cláusula quinta al entender que la indemnización económica no lo es por la resolución del contrato y cese de su gestión, sino como contraprestación debida por el Casino por las instalaciones propias de Bindesa; y aparte de que la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de Instancia cuyo criterio ha de prevalecer en casación, salvo sea absurda o se infrinjan notoriamente algunas de las normas legales de hermenéutica contractual establecidas en nuestro Código Civil, si es racional ha de aceptarse, aun cuando cupiese alguna duda sobre su exactitud, y si por ello el motivo había de ser desestimado cabe añadir que como el propio recurrente reconoce respecto al primer párrafo de la cláusula segunda de sus propios términos no aparece otra cosa que llegado el plazo determinado en el contrato éste queda resuelto, mientras que en su segundo párrafo se establecen dos supuestos: el de que de seguir el juego en esta entidad, léase Casino, en arrendamiento, se otorga a Bindesa una opción preferente "a continuar con la llevanza de la gestión del juego del bingo en la misma, siempre y cuando iguale la mejor oferta formal que pudiera presentarse a esta Entidad", y la de que sea el mismo Casino el que lleva el juego del bingo con sus propios medios, supuestos ambos que presuponen la resolución del contrato, por lo que ante la claridad de los términos de uno y otro párrafo el Juzgador no infringió el artículo 1.285 del Código Civil único que se denuncia en

el desarrollo del motivo, no obstante aquella relación del enunciado del motivo; cabe decir otro tanto respecto de la cláusula quinta, porque si la indemnización que se reconoce para caso de que al finalizar el contrato otro empieza o la propia entidad se hiciere cargo del juego, lo es atención "a todo lo invertido según factura"; luego carecería de lógica el que si lo aportado no quedara en la sala de juego procediera tal indemnización por el simple hecho de la finalización del plazo determinado en el contrato, tal y como lo entiende el Juzgador en su haber interpretativo; por todo ello este primer motivo ha de ser desestimado.

El motivo segundo denuncia la infracción por aplicación errónea del artículo 1.100 del Código Civil en cuanto la Sentencia declara que la obligación de Bindesa de entregar las instalaciones del juego propias de la sala y la obligación del Casino de indemnizar a Bindesa por dichas instalaciones no son en efecto recíprocas, pero no de cumplimiento simultáneo; y si bien es cierto que el cumplimiento de las obligaciones recíprocas deben llevarse a cabo de modo simultáneo, como en efecto se deduce no ya de su propia esencia, sino del apartado último del artículo 1.100 del Código Civil, así lo es, salvo que la Ley o el contrato mismo determine otra cosa; y como el Juzgador entiende, interpretando la cláusula quinta del contrato, que para que la compensación económica tenga lugar preciso se hace que "el Casino se haya hecho cargo de la llevanza del juego", no cabe decir se haya infringido dicho precepto; y como el tercero de los motivos, al denunciar la infracción del artículo 1.124 del Código Civil, pues parte de que la obligación de Bindesa de entregar al Casino unidad de empresa y negocio que significa la sala de bingo y la de éste de entregar a aquélla el importe de la compensación económica por cesar en su gestión son recíprocas "y por tanto de cumplimiento simultáneo, Bindesa estaba en su derecho de exigir el pago de la expresada indemnización", tampoco hay infracción del invocado precepto, por lo que ambos motivos han de ser desestimados.

El motivo cuarto, último por examinar, denuncia la infracción que se dice por inaplicación del artículo 1.255 del Código Civil, entendiendo el recurrente que no obstante establecer la recurrida Sentencia que el contrato de 7 de junio de 1979 es un contrato atípico, dado que el del Casino no se limita a arrendar la sala de juego, sino que también contrató con Bindesa la instalación de los elementos necesarios para el montaje de dicha sala, después desdobra el contrato atípico en dos: uno, de arrendamiento de local de negocio, y otro, de compraventa, de los elementos necesarios para el funcionamiento de la sala de bingo y conceder un derecho de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la no entrega del local", pero no por aquellos que traen causa de la no entrega de los anteriormente citados elementos para el juego; sabido es que el artículo 1.255 del Código Civil proclama el principio de la autonomía de la voluntad, con sus límites naturales: legal, moral, orden público; y así, dentro de estos límites pueden celebrarse contratos con las más diversa variedad, llegándose a los denominados atípicos, esto es, no regulados específicamente en el Código Civil, los que deben juzgarse por analogía de los tipos regulados más afines, lo que en cuanto a su interpretación y ejecución han de dar un amplio margen al arbitrio judicial, de tal modo que al entender el Juzgador de instancia, en relación al pedimento séptimo del suplico de la demanda: condenar a Bindesa al pago de los daños y perjuicios causados al actor con su actuación temeraria hasta la efectiva compensación de los derechos de éste; que esta condena genérica ha de ser matizada en el sentido de distinguir aquellos daños motivados por la entrega de locales, estimada procedente, mientras lo son improcedentes respecto a los derivados de aquellos elementos necesarios para gestionar directamente el juego; ni por ello se ataca

a la esencia del contrato en su condición de atípico, ni en principio al artículo 1.255 del Código Civil, aparte de ser éste un extremo que le es favorable al recurrente, por lo que en cierto modo no cabe entender dónde exista interés en el motivo; por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

R. de A.

ALBACEA: CÁLCULO DE HONORARIOS. BASES DEL CÁLCULO. (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1989.)

En el primer motivo del recurso se utiliza la vía del número 4.º del artículo 1.692 de la LEC para denunciar un error en la apreciación de la prueba, que más adelante, en el desarrollo del motivo, se califica "de naturaleza puramente aritmética" y que tiene su base documental deductiva en los informes periciales. Conocida, y estrictamente respetada, es la doctrina de esta Sala que reserva a la exclusiva competencia de los Tribunales de Instancia la valoración de la prueba pericial como fundada en las reglas de la sana crítica, no sometidas a normas establecidas (art. 632 de la LEC); pero esto no impide poder subsanar ese criterio valorativo cuando notoria y palmariamente se aprecie una desviación en esas reglas ponderativas no constatadas, y en especial cuando, como en el presente caso, el error no está en la valoración probatoria que íntegramente se respeta, sino en la omisión de un dato o concepto que figura en el dictamen aceptado en la instancia. La parte demandante estima en su escrito inicial que el valor total, según tasación, del patrimonio hereditario asciende a la suma de 234.816.516 pesetas, de cuya cifra deduce 73.200.000 pesetas, que acepta como valor de los legados ordenados en el testamento y que estima no deben formar parte de los bienes cuya administración se le encomendó, resultando en definitiva un valor básico para fijar la retribución de 161.616.516 pesetas. La parte demandada impugna la señalada valoración de los bienes, y el Juzgado, para mejor proveer, encarga una nueva tasación de los mismos, que es aceptada y ponderada en la Sentencia, y que asciende a 209.534.346 pesetas, cantidad íntegra que al no deducírsele el valor de los legados es superior a la cantidad líquida fijada en la demanda, por lo que resulta obligado para el Juzgado aceptar el importe de los honorarios postulados, en aras de la obligada congruencia. El error simplemente ha consistido en no restar del importe global de los bienes hereditarios, fijado en el informe pericial acordado por el Juzgado, la cantidad, aceptada como acto propio por el demandante, en el concepto de deducible aprecio de los legados, con lo que aritméticamente quedaría establecido el valor básico para fijar la retribución que se reclama por el concepto de administración, base que debe fijarse en la suma de 136.334.436 pesetas. En el único sentido de entender reducida la cantidad de 16.161.551 pesetas que se fijó en la Sentencia recurrida, a la más correcta de 13.633.443 pesetas que ahora se rectifica, debe entenderse admitido este motivo primero.

Los motivos segundo y tercero plantean, por la vía del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley Procesal, una violación de los artículos 675 y 908 del Código Civil, en cuanto la parte entiende que la resolución recurrida ha interpretado torcidamente la voluntad de la testadora en el concreto punto de la fijación de las bases para el cálculo de las retribuciones señaladas a los administradores;

esta disposición testamentaria literalmente señala con la fuerza del artículo 1.096 de la LEC: "así como señalando una retribución por el encargo de administración, en cuantía del 10 por 100 del caudal administrado". Conviene dejar constatada la circunstancia de que en el testamento que nos ocupa la testadora encomienda en exclusiva a los Albaceas-Contadores-Partidores todas las operaciones, gestiones sucesorias y particionales de su herencia, dándoles las más amplias facultades posibles, con prohibición y sanción expresa de acudir a los Tribunales y constituyendo la administración de los bienes una de las innumerables facultades que la testadora les confiere, o si se prefiere, desbordando esta administración el campo que le es propio en aras de la confianza que la testadora en ellos deposita. La parte recurrente, no obstante el amplio esfuerzo que realiza, no logra desvirtuar o refutar el correcto proceso hermeneutico que se realiza en las dos Sentencias de Instancia (la de primer grado expresamente ratificada en la apelación), pues ya se entienda que la voluntad de la testadora fue recompensar todo el trabajo, esfuerzo, dedicación y confianza que su encargo representó para los demandantes, o incluso en el supuesto de ceñirse a la pura literalidad del término "cuantía... del caudal administrado", no es posible desconocer en esta vía casacional que en la Sentencia recurrida aparecen como hechos probados, no combatidos y por tanto intocables, la circunstancia de haberse extendido la función administradora de los Contadores a la totalidad de los bienes de la señora P. C., bienes de los que tomaran posesión a su fallecimiento, realizando respecto a los mismos toda clase de actos de gestión, hasta que, finalizado el plazo de seis años de actuación, rindieran cuentas y entregaran la administración; y no cabe ahora argumentar sobre "la renta bruta generada por los bienes administrados" o sobre "retribución en función del flujo de ingresos, rendimientos o utilidades", como se hace en el recurso, cuando en el testamento se fija simplemente "el 10 por 100 del caudal administrado". Por las razones expuestas, deben perecer estos dos motivos.

R. de A.

CONTRATO DE COMPRAVENTA: DE VINO, SIENDO COMPRADOR EL SEMPA, PARA ULTERIOR DESTILACION.—PRODUCTO DEFECTUOSO: GASTOS DE LA NUEVA DESTILACION.—JURISDICCION COMPETENTE.—CARGA DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1989).

La entidad demandada y aquí recurrente cooperativa del Campo y Caja Rural de Camporrobles contrató con el SEMPA, organismo oficial, la compraventa de dos partidas de vino, que como colaborador ofertaba al FORPA, en forma de alcohol destilado, fijándose como precio del vino ofertado en el que correspondiera a los litros de alcohol resultantes de su destilación, a razón de 144,67 pesetas litro de alcohol, en cuyo precio se hallaba incluido el correspondiente al transporte del vino hasta la fábrica alcoholera, el impuesto de tráfico de las empresas y los gastos de transformación del vino en alcohol, gastos los últimamente citados que habían de ser satisfechos por la cooperativa elaborada a la fábrica alcoholera que efectuara la operación de transformación al precio fijado administrativamente de 14,40 pesetas por litro de alcohol obtenido.

La cooperativa contrató, a su elección, la operación de transformación del

vino en alcohol con el aquí actor don Justo M. G., titular de una fábrica alcoholera radicada en Madrigueras (Albacete), fábrica a la que el servicio del SEMPA había concedido la condición de "Adherida" al efecto de poder llevar a cabo la transformación dicha en lo referente a las partidas de vino por el mismo adquiridas, limitándose las obligaciones de la fábrica alcoholera a las que se derivaban de la correcta ejecución de la obra que le había sido encomendada y entrega al SEMPA, por cuenta de la cooperativa, de los litros de alcohol resultantes en la cuantía fijada:

Efectuada en la fábrica alcoholera del señor M. G. la destilación del vino de la cooperativa, la entidad SEMPA se negó a recibir el alcohol resultante en razón a que no reunía las características adecuadas por contener cloropirrina, sustancia cuyo empleo estaba prohibido o no autorizada en el proceso de "elaboración del vino", lo que determinó que para eliminarla hubiera de procederse por la fábrica a una nueva destilación con el consiguiente gasto de la operación conllevó y perjuicio derivado de la merma de la cantidad de litros de alcohol primeramente obtenidos que la nueva operación originó. Por tales conceptos el actor reclama, como indemnización de daños y perjuicios, la suma de 4.985.969 pesetas, a cuyo pago, con rectificación de un pequeño error material, la sentencia de la Audiencia, revocando la dictada por el Juzgado, condena a la cooperativa, que interpone recurso de casación contra la misma, articulándolo a través de tres motivos que, en razón a su contenido, han de ser analizados por el orden consignado al formularlos.

En el primer motivo del recurso se aduce textualmente "Incompetencia del procedimiento, en base al artículo 1.692, número 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil", con lo que se refiere de manera indudable al amparo procesal que autoriza su formulación, lo que en manera alguna resulta de los alegatos que le sirven de fundamento, según los que el contrato que liga a las partes aquí litigantes es de naturaleza administrativa, por estar celebrado con la Administración, "tal como es el SEMPA", y tener como finalidad un servicio público cual es la comercialización por dicho organismo del vino en forma de alcohol, lo que determina tal y como reza el artículo 3.º de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia de la jurisdicción dicha. El motivo que erróneamente se deduce por la vía del ordinal 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser la adecuada para hacerlo la que ofrecía el número 1.º del propio artículo, ha de ser desestimado, por cuanto las relaciones jurídicas que mediaron entre los aquí litigantes o sea la contratación por la cooperativa demandada con el titular de la fábrica alcoholera, encomendando a éste la transformación del vino en alcohol, y pese a que el alcohol obtenido haya de ser entregado, por cuenta de la cooperativa, a un organismo oficial, tenía carácter privado, como lo demuestra el hecho de que el SEMPA paga a la cooperativa un precio por litro de alcohol resultante de la destilación del vino, pero que es a ésta a la que corresponde pagar, entre otros gastos, los originados por la transformación del vino en alcohol, operación de transformación que puede contratar con fábrica alcoholera de su elección a la que el SEMPA le haya concedido la condición de "adherida" y sin que ni la necesidad de ostentar dicha condición en relación a los alcoholes adquiridos por el organismo oficial, ni la de que el precio a pagar por el elaborador del vino al fabricante del alcohol esté normado en el caso concreto por disposición administrativa, tengan virtualidad suficiente para que una convención concertada entre particulares adquiera naturaleza administrativa y que las incidencias que en orden al cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes, que no afecten en sus consecuencias al organismo

oficial, queden sometidas para su decisión a los organismos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se deduce el segundo motivo del recurso, acusando a la sentencia de la Audiencia de haber incidido en error en la apreciación de la prueba, señalando al hilo de los alegatos que le sirven de desarrollo y como supuestamente demostrativos de tal error los documentos aportados con la demanda, contestación y en período probatorio, verificando una "interpretación" de su contenido para contraponerla a la que la Sala sentenciadora en la instancia extrae como consecuencia de lo que estima acreditado "por medio de las pruebas de documentos y testifical" según expresa en el segundo de sus fundamentos de derecho, tratando de "fijar" como hecho cierto a los efectos de la resolución del recurso el que vendría determinado por la circunstancia de que el vino entregado por la cooperativa a la fábrica alcohólica para su transformación en alcohol no contenía "cloropícrina" y era apto para el consumo según acreditaban los dos certificados de análisis químico practicado a las correspondientes muestras en la Estación de Viticultura y Enológica de Requena, razón por la que la existencia del producto dicho en los 621.578 litros de alcohol producidos en la alcohólica, entre los que estaban comprendidos los 226.738 que procedían de la destilación del vino entregado por la Cooperativa demandada, no había sido debida a causa que procediera del vino elaborado por ésta. El motivo ha de ser desestimado por cuanto y aun prescindiendo de que lo que se pretende con el mismo es mediante una crítica general de la apreciación probatoria que la Sala de apelación verifica, convertir la casación en una tercera instancia como resulta de la simple lectura de los extensos alegatos que sirven de desarrollo al motivo, la realidad es, como pone de relieve la sentencia en el quinto de sus fundamentos de derecho, que en los Autos fue probado documentalmente que cuando la Estación Enológica de Requena efectuó el análisis de las muestras del vino ofertado por la cooperativa al SEMPA "no contaba con los medios técnicos necesarios para detectar la llamada cloropícrina en el análisis de las muestras de vino y alcoholes que los elaboradores y fabricantes le sometían", como así lo certifica el jefe del laboratorio de la meritada Estación, y como por demás existen otras pruebas que acreditan que muestras extraídas de vinos procedentes de la cooperativa y entregado a la fábrica alcohólica acusaron al ser analizadas la existencia de cloropícrina, no puede menos de concluirse que, en primer lugar, al fundamentar el motivo no se cumple la exigencia de la norma que lo autoriza de que los documentos que le sirven de apoyo "no resulten contradichos por otros elementos probatorios" y, en segundo lugar, la de que demuestran por sí, sin necesidad de deducciones o hipótesis, la equivocación del Juzgador al valorar las pruebas, o sea que estén adornados de la cualidad de literosuficientes al efecto de demostrar lo que el recurrente pretende, según ha sancionado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala.

En el tercer motivo del recurso, con amparo procesal en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se aduce la infracción por la sentencia impugnada del artículo 1.214 del Código Civil; de los artículos 336 y 342 del Código de Comercio y del 1.490 del Código Civil y, por último, de los artículos "1.558 y siguientes del Código Civil". Prescindiendo de la incorrecta formulación del motivo en cuanto acusa la vulneración de preceptos legales de distinta índole y por causas diversas, lo que hubiera requerido articular por separado dos motivos, la realidad es que los alegatos que le sirven de desarrollo no justifican que la resolución impugnada infringiera la normativa legal que en

el mismo se cita habida cuenta de que: a) no invirtió el principio de la carga de la prueba que el artículo 1.214 del Código Civil consagra, atribuyendo a la entidad recurrente la obligación de acreditar lo que no le correspondía, y si por el contrario verificó una apreciación de la practicada a instancia de ambas partes, apreciación que, en principio, incluso puede resultar desfavorable para la parte que propuso la prueba, sin que de ser así ello signifique vulneración de la norma dicha, según ha sancionado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, y b) la calificación de las relaciones jurídicas que mediaron entre las partes como arrendamiento de obra que la sentencia recurrida establece en el tercero de sus fundamentos de derecho, ha de estimarse acertada, según, además, resulta de lo consignado en el segundo de los fundamentos de derecho de esta resolución, lo que conlleva que la aplicación en lo pertinente de la preceptiva contenida en los artículos 1.558 y siguientes del Código Civil relativos al arrendamiento de obras no fuera impertinente y, por ende, la imposibilidad de subsumir los hechos enjuiciados en lo dispuesto en el artículo 1.490 del propio Código y 336 y 342 del Código de Comercio. En definitiva y por tanto lo expuesto procede la desestimación del motivo.

R. de A.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES.—RESCISIÓN POR FRAUDE.—CARACTER SUBSIDIARIO DE LA RESCISIÓN (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1989.)

Promovida por el Banco Industrial del Mediterráneo ante el Juzgado de 1.^a Instancia, número 3, de Sevilla demanda de juicio ordinario de menor cuantía contra don José Felipe C. M. y doña Rosa María P. S., sobre rescisión de capitulaciones matrimoniales y otros extremos, con fecha 6 de febrero de 1987 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla en la que, revocando la dictada por el referido Juzgado el 15 de enero de 1985, se estimaba la demanda, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley y en la que se sientan entre otras, las siguientes conclusiones: A) Que el único requisito exigido por la jurisprudencia que el Juez entiende incumplido y que impide que prospere la acción rescisoria ejercitada es el relativo a no haberse probado en Autos la inexistencia de bienes suficientes, con exclusión del inmueble contra el que se dirige el procedimiento, para hacer trabas sobre ellos, en orden al cumplimiento del crédito contraído con el Banco; B) Que si es cierto que ni la entrega de metálico al marido demandado ni su situación de funcionario en activo como comandante del Ejército del Aire se acreditan con suficiencia por la esposa demandada, no lo es menos que quien tiene que probar la existencia de bienes no es el Banco acreedor, ya que, según la teoría de la carga de la prueba en el proceso civil, la carga de probar un hecho subjetivo no puede en modo alguno determinar efectos perjudiciales para quien no tiene la carga de sopor-tarlos.

El primero de los motivos del recurso se ampara en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos que demuestran la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, alegando la existencia de algunos documentos, que designa, como un poder otorgado por el demandado don José Felipe C. M., un pase otorgado por la base aérea en la que se afirma prestaba el

mismo sus servicios como capitán, y expedido en favor de su esposa; una cartilla de la Seguridad Social de las Fuerzas Aéreas, y, finalmente la sentencia de separación, de todos los cuales se pretende obtener la evidencia de que el aludido demandado tiene el carácter de militar en activo, motivo que, sin embargo debe ser desestimado por la obvia razón de que ninguno de los documentos designados figura en Autos, ni original ni por testimonio, por lo que, en modo alguno, puede deducirse nada de ellos, quedando ayuno de prueba el hecho que la recurrente pretende hallarse acreditado, en contradicción con lo afirmado por la resolución recurrida, que, atribuyendo a los demandados la carga de la prueba de la existencia de otros bienes con los cuales pudiera obtenerse el cobro del crédito que ostenta la actora, concluye la inexistencia de material probatorio suficiente que lleve a la convicción de tal existencia de tales bienes.

Mejor fortuna merecerá sin embargo el motivo segundo en el que, al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción de los artículos 1.291-3, 1.294, 1.281 y 1.289, así como 1.261, y 71, todos ellos del Código Civil, motivo que habrá de ser estimado en atención a las siguientes razones: Primera: Que exigiendo el artículo 1.291 del Código Civil en su número 3 para que pueda decretarse la rescisión de un contrato en fraude de acreedores que éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les deba, la jurisprudencia de esta Sala dictada en interpretación de tal precepto tiene declarado que la acción rescisoria es siempre subsidiaria y sólo puede ejercitarse cuando el perjudicado *carezca* de todo otro medio o recurso legal para obtener la reparación del perjuicio (S. de 14 de febrero de 1963), conclusión que, por lo demás, no hace sino confirmar el tenor literal del precepto del artículo 1.284 del Código Civil que expresamente reconoce el carácter subsidiario de la acción revisoria, la que, según dice, "no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio"; Segunda: Que en el supuesto que nos ocupa, habiéndose dirigido la acción con la finalidad de rescindir un contrato de capitulaciones matrimoniales en el que se acordó la adjudicación de un inmueble que tenía carácter ganancial a la esposa del demandado, que es la que hoy recurre, no tuvo en cuenta la actora que, como paradójicamente reconoce la resolución recurrida, aunque sin obtener de ello la conclusión obligada, es reiterada doctrina de esta Sala la de que la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales, como consecuencia de las capitulaciones matrimoniales otorgadas vigente matrimonio, no perjudica en ningún caso los derechos adquiridos por terceros/pues si mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad los acreedores conservan sus créditos contra el cónyuge deudor, también el cónyuge no deudor responde con bienes que se le hubiesen adjudicado, todavez que existe una responsabilidad real de la masa de bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados; Tercera: Que, como consecuencia de ello, ha de subrayarse que la actora disponía, con carácter previo al ejercicio de la presente acción rescisoria, de otro recurso legal: el de dirigir su acción ordinaria contra los demandados, en la seguridad de que la masa de bienes gananciales, independientemente del cónyuge en cuyo poder estuviesen después de las capitulaciones matrimoniales, habrá de responder de la deuda contraída, máxime cuando no consta, ni aún ha sido alegado en momento alguno por la actora que tal crédito no recayese sobre la sociedad de gananciales, y al no haberlo hecho así, se ha incumplido la exigencia de la subsidiariedad de la acción revisoria, que imponen los artículos 1.291-3 y 1.294 del Código Civil, que han sido infringidos, lo que conduce a la estimación de este segundo motivo y consiguiente casación de la

sentencia, habiendo de confirmarse la dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia en la que se desestimó la demanda y absolvió a los demandados.

R. de A.

CONTRATO DE OBRA.—VICIOS EN LA CONSTRUCCION.—FALTA DE ESTUDIO GEOLOGICO.—CUESTION NUEVA.—OBRAS NO PACTADAS PERO CONOCIDAS POR EL DUEÑO.—COMPENSACION DE CULPAS.—DETERMINACION DE LOS DAÑOS. (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1989.)

El primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata, que el recurrente don Juan E. O. fundamenta, al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiendo que la sentencia recurrida infringe, por inaplicación, siendo aplicable en su criterio el artículo 1.591 en relación con el artículo 4.1, del Código Civil y las sentencias de este Tribunal de 9 de mayo y 30 de septiembre de 1983 y 5 de marzo de 1984, tiende, cual su desarrollo revela, a que se reconozca en el juicio de que se trata causa excepcional, por apreciación de litis-consorcio pasivo, al no haber sido demandada la entidad "Empresa Ingeniería Hidráulica, Obras y Proyectos, S.A.", en anagrama "INHOP", que confeccionó el proyecto, planos y memoria, con los demás documentos necesarios a los cuales habría de adaptarse la actividad de la construcción de las obras de asentamiento de las instalaciones de machaqueo que constituyen el fondo del asunto del pleito de que se trata, lo que es de rechazar, porque, como certeramente reconoce la resolución impugnada, en el II de sus fundamentos jurídicos, si ciertamente el mencionado proyecto fue realizado por la referida entidad, también lo es que en él expresamente se prevenía, en su pliego de condiciones, que la dirección de las obras habría de recaer sobre un técnico superior con titulación de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, sin establecer en manera alguna que asumía esa actividad directora, ni tan siquiera quién había de ser designado al respecto, y como quiera que las obras cuestionadas fueron llevadas a cabo sin respetar las personas a quien el citado Proyecto venía destinado, claro es que para decidir las cuestiones objeto de controversia no se precisa la traída al proceso entablado a la meritada entidad "Empresa Ingeniería Hidráulica Obras y Proyectos, S.A.", en anagrama "INHOP", dado que su actividad vino limitada a la confección del referido proyecto que le había sido encomendado, y no a realizar, cual el recurrente alega, un estudio previo del suelo, ni comprobar si la obra de que se trata fue llevada a cabo en el lugar considerado en su trabajo realizado, por ser estos aspectos que no le incumbían al corresponder comprobarlo al técnico superior con titulación de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos expresamente prevenido en el invocado pliego de condiciones y del que se prescindió tanto por el promotor de la obra demandado como por el contratista demandante.

A igual solución desestimatoria es de llegar en cuanto al motivo segundo, que el mencionado recurrente don Juan E. O. formula, al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con base en pretendida interpretación errónea del artículo 1.214, en relación con los artículos 1.091, 1.225, 1.256 y 1.278 del Código Civil y jurisprudencia interpretativa de ellos que se cita, por entender que la partida de excavaciones en cualquier clase de terreno que aparece en la invocada memoria y mediciones que forman parte del contrato en

cuestión se incluyen con duplicidad en la sentencia recurrida, al comprenderse también tal concepto de excavaciones en la demanda inicial como obra realizada al margen del presupuesto general de la misma, pues aun prescindiendo de que el problema referente a la interpretación de preceptos sustantivos como los expresados no tiene su cauce o vía reguladora por el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Trámites Civiles, sino por el número 5.º del mismo precepto, y considerando también que la cuestión alegada en este motivo no ha sido formalmente planteada en el curso del juicio de que se trata, al no haberse hecho referencia a ella expresamente en los escritos rectores del proceso, y concretamente en los de contestación a la demanda y reconvenición formulada por el precitado don Juan E. O., por lo que tiene la consideración de cuestión nueva de improcedente planteamiento en casación, al significar vulneración de los principios de audiencia bilateral y congruencia, al tratar de resolver sobre cuestión que no ha sido adecuadamente conocida por la parte contraria impidiéndole articular la prueba que estimase correspondiente, suponiendo indefensión de la entidad demandante, ahora recurrente, que iría en contra del tenor literal del artículo 24 de la Constitución Española, según tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras y como más recientes, de 10 de junio de 1985, 28 de enero, 16 de mayo y 27 de noviembre de 1986 y 14 de diciembre de 1987, es asimismo de tener en cuenta que la resolución impugnada en contra de lo alegado por el tan recurrido recurrente, ninguna referencia concreta hace al abono de cantidades afectantes al concepto de excavaciones, sino simplemente a cantidad global, fijada en definitiva en la suma de trece millones novecientas cincuenta y ocho mil seiscientos sesenta y seis pesetas, resultante de deducir de las obras cuestionadas al precio pagado por las tareas verificadas por la empresa "Geotécnica" y la mitad del valor del perjuicio apreciado producido al referido demandado, ahora recurrente, como consecuencia de las obras cuestionadas; aparte que aunque se pretendiese incardinar el motivo que se examina en error en la apreciación de la prueba a que se contrae el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en que se ampara el recurrente al formulario, siempre decaería al no hacerse cita en él de documento adecuado al respecto demostrativo de la equivocación del Juzgador, cual exige dicho precepto y el párrafo segundo del artículo 1.701 del meritado ordenamiento procesal civil.

Tampoco es de **acoger** el motivo tercero, que, con amparo en el número 5.º del referido artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se trata de fundamentar en infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.593 del Código Civil e infracción de la doctrina contenida en las Sentencias de esta Sala de 7 de diciembre de 1959, 8 de febrero de 1960 y 4 de abril de 1981, toda vez que si, como el recurrente pone de manifiesto, tal precepto sanciona que para poder aumentar el precio de una obra encargada al contratista a precio alzado, con relación al correspondiente plano, se requiere la autorización del propietario, este supuesto posibilitador de incremento se da en el presente caso, al afirmar terminantemente la Sala sentenciadora de instancia, en el II de sus fundamentos jurídicos, estableciéndolo como presupuesto fáctico, vinculante en casación al quedar incólume en ella por no haber sido desvirtuado, ni intentado hacerlo, por el cauce o vía del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que "si bien se introdujo un considerable incremento en su composición" sobre lo proyectado —refiérese a la obra objeto de controversia— fue "con el consentimiento del demandado, que de modo permanente estuvo al tanto de la construcción e intervino activamente en ella"; y si a tal fin sean de considerar apreciaciones que con apoyo en aspectos de prueba aportados al proceso hace el tan

mentado recurrente, para llegar a entender que tal consentimiento no se ha producido, ya que con ello lo que intenta es hacer una nueva valoración de la prueba en casación, emanante de sus apreciaciones subjetivas sobre ella en tendencia a desvirtuar la objetiva efectuada por el Tribunal *a quo*, con evidente olvido de que, conforme tiene reiteradamente declarado esta Sala, y de ello son exponente, entre otras y como más recientes, las Sentencias de 9 de abril de 1984, 12 de abril de 1985, 24 de febrero de 1986 y 30 de junio de 1987, el objeto del recurso de casación viene determinado por apreciar si dados unos hechos, que han quedado incólumes, se dan también unas determinadas consecuencias jurídicas, al no ser aquel recurso una tercera instancia, no posibilitando, en consecuencia, el desvirtuar la apreciación probatoria hecha por el órgano jurisdiccional de instancia, con base en lo que aprecia el recurrente.

En trance de pronunciarse sobre los motivos cuarto, quinto y sexto, formulados los tres al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y respectivamente por inaplicación del artículo 1.101 del Código Civil y sentencias que lo interpretan que se cita, infracción, también por inaplicación, del contenido del artículo 1.106 del mismo Cuerpo legal sustantivo, así como jurisprudencia enunciada, e infracción, igualmente por aducida inaplicación, del artículo 1.106 del mencionado Código y la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de que se hace relación, es de tener en cuenta que la sentencia recurrida, en su II fundamento jurídico, tratando de indemnización de daños y perjuicios solicitada a medio de reconvención, por el demandado-reconviniente, ahora recurrente, don Juan E. O., como consecuencia de las obras realizadas por la entidad demandada-reconvenida "Construcciones Murías, S.A.", establece como hechos que han quedado incólumes en casación, y por tanto son vinculantes en tal extraordinario recurso, al no haber sido desvirtuados, ni tan siquiera pretendido, con apoyo en errónea apreciación de la prueba que autoriza el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que las deficiencias apreciadas en dichas obras, cuando se encontraban prácticamente concluidas, determinantes de síntomas que hacían prever la carencia de estabilidad de las mismas y que dieron origen a la intervención de la entidad "Geotécnica" para consolidarlas en evitación del peligro observado, "se debió a que no fue realizado un estudio geotécnico previo al emplazamiento, que se llevó a cabo en una vaguada cuando estaba previsto que se hiciera en una ladera según el proyecto inicial, así como a la falta de realización de un orden longitudinal, también proyectado, que dio lugar a la formación de bolsones de agua que motivó desplazamientos y asentamientos, y a la falta de control de las aguas del manantial situado a la cabeza de la explotación, mientras que las excavaciones no fueron realizadas con las precauciones que una ubicación tan precaria exigía", "lo que en definitiva se hubiese evitado si al frente de la dirección de las obras se hubiese colocado a un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, como el proyecto indica —folio 404—, prescripción que no fue respetada", creando "un supuesto de culpa compartida por las dos partes del contrato, cuyas consecuencias deben ser soportadas por cada una de ellas por partes iguales, de acuerdo con la facultad moderadora que ofrece el inciso último del artículo 1.103, "pues que la sociedad constructora, conocedora de las reglas más elementales que deben guiar sus actuaciones, en modo alguno debió aceptar el comienzo y ejecución de las obras sin la presencia del Ingeniero que el proyecto indicaba, y no debió tampoco adaptar los estudios realizados en el tan citado Proyecto para un determinado lugar de ubicación de la planta a otro *distinto*", y "a su vez el dueño de la obra debió proporcionar un director para la misma siguiendo las adverten-

cías del proyecto, y en todo caso así era necesario que lo hiciera si deseara modificar el punto de emplazamiento", creándose con todo ello "la acción negligente y concertada de los dos litigantes", que "generó la inestabilidad de la planta y exigió las medidas correctoras expuestas".

Las apreciaciones fácticas expuestas en el precedente fundamento de derecho conducen a la desestimación de los relacionados motivos cuarto, quinto y sexto, puesto que la sentencia recurrida, en contra de lo apreciado por el recurrente don Juan E.O., en modo alguno infringe, por dejarlos de aplicar, los artículos 1.101 y 1.106 del Código Civil, sino que, por el contrario, hace aplicación de ellos al reconocer indemnización por daños y perjuicios a cargo de la entidad demandante-reconvenida "Construcciones Murías, S.A." y en favor del demandado-reconviniente don Juan E. O., con relación al perjuicio que la Sala sentenciadora estima sufrido por el segundo, si bien con limitación cuantitativa por apreciar haber quedado absolutamente falto de prueba de determinados pagos y beneficios dejados de obtener como consecuencia de la imposibilidad de cumplir determinados contratos de suministro de material, y reducirse ese aspecto indemnizatorio al precio pagado por las tareas verificadas por la empresa "Geotécnica" y proporcionada al módulo de una mitad por estimar el referido Tribunal *a quo* que la responsabilidad generante de dichos perjuicios emana de culpa compartida entre la tan citada entidad demandante "Construcciones Murías, S.A." y el demandado don Juan E. O., quedando en consecuencia la base fundamentadora de los expresados motivos cuarto, quinto y sexto en meras apreciaciones valorativas de la prueba práctica tratando de desvirtuar con ellas la llevada a cabo por la Sala Sentenciadora de instancia, lo que, como queda indicado en el precedente fundamento de Derecho tercero, no es procedente efectuar en casación, toda vez que el hacerlo significaría convertirlo, de forma improcedente, en una tercera instancia.

R. de A.

COMPRAVENTA DE INMUEBLES: RESOLUCION DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL.—COMPRAVENTA Y PROMESA DE COMPRAR Y VENDER. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1988.)

Procede desestimar los tres primeros motivos en que fundamenta el recurrente don José Roque H. S., el recurso de casación de que se trata, y que ampara en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendido error en la apreciación de la prueba por la Sala sentenciadora de instancia, tratando de deducirlo dicho recurrente, respectivamente, de la carta del día 27 de junio de 1984 dirigida por el Letrado de aquél al señor T., que obra al folio 11, ofrecimiento de la señal de 250.000 pesetas de requerimiento notarial, obrante al folio 12 de los autos, y documento número 16 de los mismos autos, de requerimiento al demandado para que otorgara las escrituras públicas y cumpliera lo pactado en el documento de compraventa de que se hace mención, porque los referidos documentos lo único que ponen de manifiesto es simplemente lo que expresan, es decir, que en 27 de julio de 1984 quien se designaba actuar en nombre del mencionado demandante, ahora recurrente, consideraba vigente el contrato en cuestión, así como que quien se designó apoderado del demandado, ahora recurrido, dispuso en 10 de agosto de 1984 notificar y requerir al expresado demandante, cual fue efectuado, para que de conformidad con lo prevenido en los artículos 1.124, 1.504 y concordantes del Código Civil, y ante el incumplí-

miento por parte del requerido de las obligaciones asumidas en el contrato de 20 de marzo de 1975 —objeto de la controversia entablada—, lo considera resuelto y terminado; con el ofrecimiento de devolución de la cantidad de doscientas cincuenta mil pesetas, en su día entregadas en concepto de arras, toda vez que no era deseo del aludido demandado hacer uso del derecho que decía tener de retener dicha suma, y que mediante requerimiento instado el 30 de agosto de 1984 por don Luis B.M., alegando carácter de mandatario verbal del meritado demandante, se expresaba el deseo de éste de que, en el plazo de veinte días, le fuese otorgada escritura pública del solar a que se hace referencia, de acuerdo con el contrato que en 20 de marzo de 1975 había convenido con el demandado, todo lo cual en manera alguna es eficiente para desvirtuar, en el aspecto probatorio, las apreciaciones fácticas contenidas en la sentencia recurrida de que don José Roque H.S., después de solicitar aplazamiento al 1 de julio de 1975 para cumplir su obligación esencial de pagar el precio, no efectuó posteriormente acto alguno ni manifestó voluntad de cumplimiento del contrato en cuestión hasta después de ser notificado notarialmente el demandado que daba por resuelto el contrato, ni desvanece el aserto, que también contiene la referida sentencia recurrida; de no ofrecimiento, ni menos consignación del precio que conforme al contrato se había obligado el tan citado demandante a pagar casi diez años antes, con revelación en consecuencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento.

La no acogida de los examinados motivos primero, segundo y tercero conduce a igual solución en cuanto al cuarto, formulado, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por alegada infracción de los artículos 1.451 del Código Civil y 343 del Código de Comercio, y jurisprudencia que se cita, puesto que, aparte la contradicción que supone el ampararse en preceptos referentes uno a la promesa de vender o comprar —art. 1.451 CC— y otra al contrato de compraventa mercantil —art. 343 CCom— cuando se trata de una relación jurídica de naturaleza civil, así como el apoyar dicho motivo en promesa de venta y compra cuando el recurrente lo vino considerando como compraventa en la fundamentación de la demanda ejercitada y que determinó el juicio de que se trata, es lo cierto que, en todo caso, la aplicación tanto de tales preceptos como la doctrina jurisprudencial, a que se alude en el mencionado motivo cuarto, ahora examinado, parte del supuesto de existencia de un contrato con vida actual, y por tanto no tienen adecuada aplicación cuando, como en el presente caso ocurre, ha perdido virtualidad por haberse producido su resolución con fundamento en incumplimiento por parte del precitado demandante determinante de sanción resolutoria formulada por el demandado al amparo del genérico artículo 1.124 y del específico 1.504, ambos del Código Civil

R. de A.

ARBITRAJE DE EQUIDAD.—PLAZO PARA EMITIR EL LAUDO (COMPUTO).—NEGATIVA DE UN ARBITRO A FIRMAR EL LAUDO.—NO RESOLUCIÓN DE CUESTIÓN SOMETIDA A ARBITRAJE. (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1989.)

Un orden lógico exige examinar el segundo de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata en prioridad con relación a los demás formulados, puesto que si fuese admisible, y en consecuencia se estimase, como en

dicho primer motivo se **fundamenta**, que el laudo de equidad en cuestión fue emitido fuera del plazo fijado, claro es que conduciría a la casación de aquel cualquiera que fueran las consecuencias que hubieran de producir en cuanto a los motivos primero, tercero, cuarto y quinto.

Establecido en la correspondiente escritura de compromiso que el laudo de que se trata habría de dictarse en el plazo de dos meses naturales a contar desde el día 5 de marzo de 1987, o, en su caso, desde la fecha de aceptación del último de los árbitros **designados**, unido a que ésta última aceptación se produjo el 10 del referido mes de mayo siguiente conduce a la acogida del indicado primer motivo en que se apoya el recurso de nulidad interpuesto por la "Sociedad Cooperativa Limitada Residencial Rey Alfonso", que ésta, al amparo del número 2.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamenta en entender que los árbitros han dictado el mencionado laudo fuera del plazo señalado en el compromiso, con infracción del número 4.º del artículo 17 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, en relación con el artículo 5 del Código Civil, porque, como ya he tenido ocasión de declarar esta Sala en sentencia de 24 de septiembre de 1984, por ser el plazo fijado en arbitraje de equidad para la emisión del correspondiente laudo de naturaleza sustantiva, y no procesal, al no tener su origen o punto de partida en una situación de esa naturaleza, sino la voluntad de los compromitentes, y en su caso, en la aceptación del arbitro conforme el artículo 24 de la precitada Ley de 22 de diciembre de 1953, ha de aplicársele, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.4 de la misma Ley lo dispuesto en el artículo 5 del Código Civil, o sea, por tratarse de meses, computando de fecha a fecha, sin inclusión de los días inhábiles, con lo que en el supuesto contemplado su vencimiento se produjo el 10 de mayo de 1987, y por ello la emisión del tan repetido laudo ya transcurrido el período de tiempo concedido por haberlo sido al día siguiente del indicado vencimiento, careciendo en consecuencia de eficacia, puesto que tratándose de un plazo determinante de preclusión lo actuado después de transcurrido carece de valor **legal**.

La acogida del examinado motivo segundo ya hace **innecesario** el pronunciamiento sobre los primero, tercero, cuarto y quinto, pero, en **todo** caso, su consideración también conduciría a la carencia de eficacia del **referido** laudo, dado que, de una parte, si ciertamente no sería de estimar el motivo primero, formulado, al amparo del número primero del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por alegada violación del artículo 12, en relación los 21 y 22 y último párrafo del 29 de la tan mencionada Ley de 22 de diciembre de 1953, puesto que, en contra de lo apreciado por el recurrente, la emisión del laudo en cuestión fue llevada a cabo no solamente por dos de los árbitros designados —don Julián G. C. y don José A. G.— sino también por el tercero también designado —don Julio B. S.— dado que aunque aparecían firmándolo los dos primeros, sin embargo fue emitido por los tres, por mayoría determinada por el voto conforme de dichos don Julián G. C. y don José A. G. y **disconformidad** con éstos del referido don Julio B. S., como lo revela la siguiente circunstancia de que los tres hayan acudido el 11 de mayo de 1987, en el que el laudo fue dictado ante el Notario de Zamora don José María Labernia Cabeza, a fines de protocolización del laudo cuestionado, poniendo de manifiesto que fue dictado por los tres, si bien no lo suscribió el meritado árbitro don Julio B. S., pues una cosa es no conformidad con lo acordado, por mayoría, por dos de los tres árbitros designados, y otra negativa a firmar el resultado de tal acuerdo mayoritario, pues el no entenderlo así llevaría al absurdo de apreciar que se pudiese dejar de dar cumplimiento al arbitraje encomendado, después de la decisión de los árbitros, por

el simple hecho de que uno de ellos se negase a firmar el acuerdo resultante; de otra parte, serían de acoger los motivos tercero, cuarto y quinto, respectivamente formulados los dos primeros al amparo del número 4.º del artículo 1.733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el tercero al del número 3.º del mismo precepto, por infracción, también respectivamente, del segundo párrafo del artículo 29 de la repetida Ley de 22 de diciembre de 1983, porque, bajo un aspecto, no constando en el laudo de que se viene haciendo mención que se hubiese dado por los árbitros o las partes la oportunidad de ser oídas, limitándose a la emisión de aquél "atendiendo a la literatura (sic) del Acta Notarial", o sea en la encomienda del arbitraje, como tampoco se le concediese a las partes oportunidad de presentar las pruebas que estimasen necesarias, sino simplemente requiriéndolas, dentro del plazo de dos días que se les concedió, para la aportación de determinados documentos, es claramente significativo de que los árbitros no han dado adecuado cumplimiento a lo prevenido en el párrafo segundo del artículo 29 de la indicada Ley de 22 de diciembre de 1983, comprensiva de las normas reguladoras del arbitraje de derecho privado, que impone el dar los árbitros a las partes la oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimasen necesarias, y que incumplidas generan indefensión prohibida por el artículo 24 de la Constitución Española, y bajo otro aspecto siendo una de las cuestiones encomendadas a decidir por los árbitros que si como consecuencia de acordar "la razón o sin razón de las resoluciones contractuales" acordadas por la "Sociedad Cooperativa Limitada Rey Alfonso" —decidiéndolo el laudo en el sentido de "sin razón de tales resoluciones contractuales"— "si alguna de las partes tiene que indemnizar a la otra o ambas entre sí, en su caso, y en qué cuantía; debiendo señalar en este supuesto el plazo concreto dentro del cual tal indemnización habrá de ser satisfecha", claro es que al decidir los árbitros que las indemnizaciones a realizar el contrato, con asignación de cantidad de 3.779.600 pesetas, sería "en cantidad a pactar en mutua resolución ante Notario o reclamada judicialmente por la contrata en atención al beneficio industrial devengado de los derechos recogidos en contrato y gastos originados a la contrata", estableciendo que "no arbitramos sobre esta cantidad que se pueden reclamar por indemnizaciones en completa libertad para que puedan reclamarlas como juzguen pertinente", indudablemente que en el laudo de que se trata han omitido los árbitros que lo dictaron cumplimentar el encargo encomendado, pues que no han fijado en aquél la exacta cuantía a indemnizar —como establecía el compromiso correspondiente, incidiendo en consecuencia en la causa de nulidad en tal extremo a tenor de lo prevenido en el número 3.º del artículo 1.773, en relación con el 1.736, de la LEC.

R. de A.

RESPONSABILIDAD CIVIL: LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO (NO EXISTE).—RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS VARIOS CAUSANTES DEL DAÑO.—"CULPA IN VIGILANDO". (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1988).

La sentencia recurrida, confirmando la apelada dictada en primera instancia, condena al demandado, actual recurrente, don Luciano S. F. a indemnizar a los demandantes en la cantidad de seis millones de pesetas, en concepto de daños y perjuicios a consecuencia del fallecimiento de su hijo don Antonio R.F. Los

hechos que sirvieron de base a dicha sentencia para su fallo condenatorio fueron esencialmente los siguientes: a) El citado fallecimiento ocurrió en día 21 de agosto de 1984, al manipular la víctima un cable de alta tensión, que no había sido desconectado **previamente**, cuando se hallaba realizando **trabajos** de desmontaje de una pista de coches de choque, denominada "**Auto-Sport**", propiedad del ahora recurrente, y que con motivo de las fiestas patronales se encontraba allí instalada. b) La instalación eléctrica había sido verificada por la entidad Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. c) El demandado recurrente no adoptó las medidas necesarias para evitar el accidente, ya que encargó a la víctima y demás empleados las labores de desmontaje de la pista, sin antes haber avisado a la sociedad eléctrica para que procediese al desenganche de la red, y no sólo eso, sino que además se ausentó del lugar a otros quehaceres cuando la víctima realizaba la labor **encargada**. d) Por tanto, el fallecido manipuló el cable conductor de la energía eléctrica desde la caja de protección de la red hasta la pista sin que fuera desconectado en origen por la Hidroeléctrica del Cantábrico, como era preceptivo; a la que, como ya se dice, no consta, ni siquiera lo alega el recurrente, que se diera oportuno aviso para ello. e) En definitiva, y así se afirma después de apreciar la prueba practicada en Autos, la conducta del recurrente fue decisiva para la producción del evento dañoso, dándose entre ella y el daño ocasionado suficiente relación de causalidad.

Frente a esta resultancia fáctica, fracasa el primero de los motivos, apoyado en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por entender el recurrente que ha habido error en la apreciación de la prueba documental. El fracaso del motivo se debe en primer lugar a que se trata de documentos los alegados (comunicación al Juzgado de Hidroeléctrica del Cantábrico e informe emitido por el Servicio de Industria de la Consejería de Industria y Comercio del Principado de Asturias) que fueron tenidos en cuenta por la Sala de Instancia, y por consiguiente ha de prevalecer la apreciación que de los mismos hizo dicha Sala sobre la parcial que hace el recurrente. En segundo lugar y sobre todo, nada deriva de los mismos documentos en contra de la culpabilidad del recurrente en la causación del suceso indiscriminado, pues la citada entidad Hidroeléctrica se limitó en su día a **conectar** la corriente al servicio solicitado por el recurrente, que se sirvió de dicha fuerza eléctrica mientras lo tuvo por conveniente, y la misma entidad no tuvo intervención alguna en la desconexión de la misma corriente que trataba de realizar indebidamente, y con consentimiento del señor S.F. su dependiente fallecido por electrocución. Procede, por tanto, la desestimación de este motivo por no acreditarse error alguno en la resultancia probatoria que recoge la **sentencia** impugnada, reflejada en el anterior fundamento de Derecho.

El segundo de los **motivos** parte del hecho no probado de que la entidad Hidroeléctrica interviniese activa o pasivamente en el accidente que costó la vida a don Antonio R. F., por lo que decae igualmente, en cuanto que la expresada compañía no fue avisada para desconectar la corriente de la instalación de coches infantiles, sino que la actividad de desconexión fue asumida por el recurrente, al que afecta al menos una evidente culpa *in vigilando*, pues se desprecupó de la tarea que en su beneficio llevaba a efecto el operario que resultó víctima de la negligencia del empresario. No cabe, en definitiva, hablar en forma alguna de litis consorcio pasivo necesario entre personas con actividades autónomas y totalmente independientes entre sí, cuya audiencia bilateral en la misma litis no viene indicada, ni afecta la resolución que recaiga a otras personas distintas de las que han sido **parte** en la litis, ni hay en este supuesto posibilidad de

sentencias contradictorias dados los hechos que se estimaron probados, ni concurren los demás requisitos que esta Sala en sentencia, entre otras muchas, de 13 de junio de 1987 ha exigido para la concurrencia de la expresada excepción de litis consorcio, que se alegó en el motivo **segundo** con base en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de ley en el concepto de no aplicación de la doctrina que consagra dicha excepción. Todo ello aparte de que como esta Sala ha declarado (SS. entre otras, de 28 de mayo de 1982 y 1 de julio de 1983) en los caso en que se estima (supuesto que no es el de esta litis) solidaridad obligacional entre los sujetos a quienes alcanza responsabilidad por acto ilícito culposo, con pluralidad de sujetos pasivos y la posibilidad consiguiente de que el perjudicado pueda dirigirse contra cualquiera de ellos, como deudor que es por entero de la obligación de reparar los daños, excluye toda posibilidad de oponer y apreciar la existencia de situaciones litis consorciales necesarias.

El motivo tercero, por el mismo cauce procesal que en el anterior, alega infracción de ley por el concepto de violación por no aplicación del artículo 1.137 del Código Civil, en relación con el artículo 1.902 del mismo Código. Motivo que ha de seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores porque parte de hechos no probados, cuales son que la entidad Hidroeléctrica del Cantábrico y el recurrente hayan operado vinculados solidariamente, cuando no ha sido así, ya que dicha entidad **industrial** no tuvo participación alguna en el accidente, pues se reitera que no había sido notificada para desconectar la línea de corriente eléctrica que venía utilizando el demandado recurrente para su instalación de coches infantiles, y se probó que tal desconexión intentó llevarla a efecto un dependiente del recurrente que resultó electrocutado. En definitiva, **falta** el necesario supuesto de hecho para poder aplicar la solidaridad de la obligación de indemnizar en la forma que pretende el recurso.

Por último, con carácter subsidiario de los tres motivos anteriores, se alega el cuarto, también con apoyo en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, "por infracción de ley en el concepto de violación (no aplicación) de los artículos 1.091, 1.101 y 1.214 del Código Civil y de la aplicación indebida del artículo 1.092 del mismo Código civil". El motivo decae también en cuanto se sustenta sobre el hecho no acreditado de implicar a la Compañía Hidroeléctrica del Cantábrico en el accidente que originó la muerte del hijo de los demandantes. El supuesto de hecho de que se ha partido por la Sala *a quo*, **inefzicamente** combatido en el recurso, ha sido el de una relación extracontractual entre los demandantes y el demandado, relación sin conexión normal con el contrato laboral del fallecido con su patrono, y que refleja con precisión el presupuesto de hecho del artículo 1.902 del Código Civil, aquí a través de la omisión del recurrente que dio lugar por su negligencia y clara culpa *in vigilando* al fallecimiento inculminado. No hay, pues, base fáctica para una aplicación de las normas de Derecho contractual que el motivo invoca ni para estimar infringido el artículo 1.214 del Código Civil, sobre todo después que la Sala de apelación se apoyó en los hechos probados que se resumen en el primero de estos fundamentos de Derecho, resultantes de la actividad probatoria de las partes desplegada en la **fase** correspondiente.

R. de A.

CONTRATO DE OBRA: VICIOS EN LA CONSTRUCCION.—RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL CONTRATISTA, SIN PERJUICIO DE OTRAS RESPONSABILIDADES. (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1988.)

Declarada, por la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Albacete de 26 de noviembre de 1986 al confirmar la apelada procedente del Juzgado de 1.^a Instancia número 1 de los de dicha Capital, la responsabilidad solidaria de los técnicos y de la constructora intervinientes en la obra que, bajo el expediente AB-VS-151/72, se llevó a cabo en la Avenida de Isabel la Católica, número 20 de la repetida ciudad, por los desperfectos y daños acusados en el inmueble, responsabilidad que la Sala sentenciadora estableció con dicho carácter de solidaria, atendida a la imposibilidad de fijar el grado de ella atribuible a cada una de los condenados y a la participación de todos, desde sus distintas funciones, en la causación de los defectos puestos de manifiesto en el edificio, contra dicha resolución se alza la entidad "Gutiérrez y Valiente, S.A.", a cuyo cargo corrió la construcción, articulando cuatro motivos de casación al amparo el primero del número 4.^a del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los otros tres bajo el número 5.^o de este precepto en denuncia, respectivamente, de error en la apreciación de la prueba por el Juzgador y en infracción por el mismo del artículo 1.591 y 1.596 en relación con el 1.214 del Código Civil, todos.

La pretendida exoneración de responsabilidad que la mercantil constructora busca, a partir de la denunciada errónea apreciación de la prueba, no puede ser acogida, con el consiguiente perecimiento del motivo articulado en primer lugar, si se observa que bajo la rúbrica "Desarrollo" del mismo, la empresa recurrente lo que, en suma, cuestiona es la apreciación que, en el fundamento de Derecho segundo de la sentencia, se hace de la pericial y confesión prestada por el promotor de la casa, enfrentando la conclusión que el Tribunal sienta, en uso de la libertad crítica de los artículos 532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.242 concordantes del Código Civil, con deducciones extraídas de otros medios de prueba reveladores, según su tesis, de la ignorancia en que estaba respecto de los desperfectos existentes y de la intervención de otra empresa en su reparación, afirmaciones que ni desmienten su propia responsabilidad ni, sobre todo, son el directo contenido de documento literosuficiente apto para la casación para lo que, como con tanta reiteración se ha declarado, ha de poner de manifiesto, por sí mismo, lo contrario de lo que la sentencia dice, amén de no estar en contradicción con otros elementos probatorios tal y como sucede en el caso presente en el que, la Sala sentenciadora y antes el Juez de 1.^a Instancia, luego de acreditada la ruina funconal de una parte de la cubierta del edificio y la imposibilidad de determinar si, a tal estado, se llegó por vicio de construcción, incluyendo el posible uso de materiales inadecuados o de mala calidad, o por defectuosa dirección, según resulta de reiteradas pericias prestadas en expedientes administrativos y singularmente en Autos, hace la declaración de responsabilidad solidaria que la doctrina legal (SS. de 18 y 27 de enero, 9 de marzo y 17 de mayo de 1988 por no citar sino algunas entre las recientes) interpretadora del artículo 1.591 del Código Civil, tiene establecida no sólo para los casos de acreditada concurrencia en el resultado, sino también para aquellos otros en que no haya sido posible individualizar la responsabilidad o la cuota de responsabilidad correspondiente a cada uno de los partícipes en la construcción, por los vicios que pudieron tener su origen en la acción u omisión de cualquiera o de todos ellos, sin que por tanto sea necesario el acreditamiento por parte del dueño de la

realidad de la conducta reproachable del contratista, como pretende la parte recurrente en los motivos segundo y cuarto para que éste deba asumir su responsabilidad ni le exonere de ella la defectuosa dirección o la falta de vigilancia por parte de los técnicos intervinientes en la construcción —motivo tercero— porque lo decisivo sigue siendo que acreditados todos los defectos constructivos y no siendo posible establecer si la causación de ellos se debió exclusivamente a negligencia de los técnicos o de la constructora, la responsabilidad decenal del artículo 1.591 les alcanza solidariamente a todos ellos, según constante doctrina en cuyo seguimiento claudican los restantes motivos de casación articulados.

R. de A.

CONTRATO DE OBRA.—DEFICIENCIAS EN LA CONSTRUCCION.—LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO (NO EXISTE).—PETICION ALTERNATIVA EN EL SUPPLICO.—ERROR DE HECHO. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1988.)

La sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Pamplona, que al revocar parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Tudela añadió, al pronunciamiento que en ésta se contenía en punto a la obligación del demandado de pagar a los actores 388.000 pesetas en concepto de indemnización por determinadas omisiones y deficiencias advertidas en el edificio construido por aquel para éstos, así como a subsanar las diferencias de calidad expuestas en determinados apartados del dictamen pericial prestado en Autos por el técnico Señor Pérez Aznar, la condena también al propio demandado a abonar, a los mismos actores, la suma de 1.030.318 pesetas, por diferencia de valor entre la construcción convenida y la realmente edificada, resoluciones condenatorias completadas por el Juzgador con la que, por apreciación, en lo menester, de la acción reconconvencional establece a cargo de los actores, dueños del edificio y beneficio del demandado constructor, por importe de 1.268.999 pesetas por las mejoras efectuadas en la casa, la Sentencia cuyo complejo pronunciamiento es manifiesto, se impugna por ambas partes litigantes entablando frente a ella sendos recursos de casación denunciado, el de los actores, en tres motivos, al amparo dos de ellos del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del número 5 del mismo precepto el 3.º, error en la apreciación de la prueba por el Juzgador e infracción del párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código Civil en relación con el 1.091 del mismo Ordenamiento y, el articulado por el demandado reconviniendo, denunciado en siete motivos bajos los números 3.º, 4.º y 5.º del citado artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, la violación de la doctrina legal contenida en las Sentencias que cita relativas al litisconsorcio pasivo necesario tema del ordinal 4.º que expone como primero a examinar, seguido de una supuesta infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —ordinal 1.º— y acusación de error en la apreciación de la prueba en los motivos 2.º y 3.º y por último infracción de la normativa contenida en los artículos 1.445, 1.446 y 1.447 del Código Civil en el ordinal 5.º; aplicación indebida del artículo 1.098 del propio Código en el 6.º e inaplicación de los artículos 1.195 y 1.196 de este mismo Ordenamiento en el motivo que cierra el recurso.

Los supuestos errores de hecho en la apreciación de la prueba por el Tribunal, denunciados en el recurso de los actores, dueños de la obra, se presentan con caracteres iniciales que los hacen inviables ya que en los dos motivos, que a ello

se orientan, no solamente se falta a la precisión que el artículo 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil quiere a través de una razonable puntualización del extremo en que consista el error conectado con el particular en que el documento por sí sólo, esto es, sin interpretaciones subjetivas ni conjugación con otros medios de prueba lo ponga de manifiesto (SS. 11 y 19 febrero y 30 de junio 1988), sino que en los mismos se traen a examen dictámenes periciales e incluso, en el segundo de ellos, manifestaciones testificales en apoyo de la tesis de error, en clara contradicción con el sentido del número 4.º del artículo 1.692 que los aboca al pericimimiento, como reitera una doctrina legal de la que son muestra reciente las Sentencias de 17 de marzo, 12 de abril, 15 y 30 de junio de 1988. Y en la misma situación de inapreciabilidad el otro motivo del recurso en examen en el que se acusa la infracción en la instancia del artículo 1.281 en relación con el 1.091 del Código Civil, relativos al deber de estar al sentido literal de las cláusulas del contrato y al cumplimiento de lo convenido, omitiendo, la parte recurrente, que la estimación de la reconvención por la Sala sentenciadora, que el motivo combate obedeció a la existencia de unas mejoras constructivas, pericial y testificalmente puestas de relieve, "interesadas por el dueño de la obra y ordenadas por la Dirección Técnica" según el texto de la Sentencia que movida por tales probanzas, valoradas conforme a reglas de crítica, legalmente atribuidas al Juzgador de instancia, hizo aplicación al caso de lo previsto por el artículo 1.593 del Código Civil.

Planteado como primer motivo no obstante su colocación como ordinal 4.º del recurso establecido por el constructor, el tema de la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, puesto de manifiesto, dice el recurrente, en la vista de apelación cuyo acogimiento, no obstante, se pretende en atención a su apreciabilidad incluso de oficio, con la consecuencia de abstenerse el órgano jurisdiccional de entrar en el fondo de la controversia, por falta de un requisito determinante de la incorrecta constitución de la relación jurídica procesal, tal motivo fundado en que la condena impuesta al recurrente de indemnizar determinadas omisiones y deficiencias en el inmueble construido, concretamente referidas a la instalación eléctrica y construcción de una chimenea, colocación de un alféizar, frentes de armarios, persianas, modelos de sanitarios, etc., afecta al Arquitecto director de la obra que, de conformidad, dice, en general, con la propiedad, ordenó los cambios y que por tanto debió ser traído al proceso, suscita una cuestión de responsabilidad, la del director de la obra, meramente supuesta ya que, aparte que ya fueron apreciados en la instancia los cambios constructivos ordenados por los técnicos a efectos de la reconvención, las resoluciones impugnadas se refieren a omisiones y deficiencias pericialmente acreditados en lo construido por el demandado o por terceros a quienes este subcontrato parte la obra (fundamentos IV y V de la Sentencia de Primera Instancia) sin implicación, en ello, de la dirección salvo en el particular de la determinación errónea de la superficie del solar sobre el que se construyó, extremo éste marginal a las citadas deficiencias, cuya eventual incidencia en el mayor coste de ejecución podrá ser objeto, si se acredita, de responsabilidad fuera de este proceso y de la Sentencia aquí impugnada, cuyo fallo indemnizatorio, con base en las repetidas omisiones y deficiencias, sólo podría tener reflejo —necesario para el éxito del litisconsorcio postulado— sobre la dirección, aceptando de antemano ya que se produjeron en seguimiento de concretas instrucciones impartidas por el Arquitecto, circunstancia ésta que no aparece acreditada en Autos.

No mejor destino es el de la supuesta incongruencia que el demandado denuncia bajo el ordinal 1.º de su recurso, por entender que, pedida en la demanda

la condena a subsanar algunas deficiencias de calidad en materiales mediante la retirada de los empleados y colocación de los previstos en el proyecto constructivo y Anexo al mismo o, alternativamente, por indemnización del menor valor de lo puesto, la cantidad de 380.043 pesetas, la omisión en la Sentencia condenatoria de esta suma que como solución alternativa se suplicaba en la demanda infringe el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conclusión inaceptable ya que si bien es verdad que así aparece bajo el suplico de la demanda, también lo es que la alternativa venía supeditada, según el texto literal del propio escrito de demanda, a la circunstancia "de que su reemplazo (el de los materiales de peor calidad empleados) sea imposible o de costo desmesurado en relación con la ventaja que reporta", expresión que transcribe la Sentencia *a quo*, y por acogimiento la de apelación, para imponer las obras de reemplazo "al no haber acreditado que la subsanación solicitada sea de imposible realización o de costes desmesurados...", con lo que se accede a la verdadera pretensión deducida en la demanda, ya que, independientemente de cualquier error terminológico en la calificación de los subsidiario como alternativo o al revés, lo cierto es, como nítidamente resulta de lo dicho, que la pretensión de los demandantes en cuanto declaración de voluntad por la que reclaman del órgano jurisdiccional una determinada actuación únicamente quedaba satisfecha en la forma en que lo ha sido por el Juzgador de instancia que acomodó su decisión al contenido de la pretensión, haciendo coincidir lo resuelto con la voluntad expresada por la parte actora en la demanda, entendida ésta como acto de iniciación procesal que contiene y delimita positiva y negativamente una pretensión.

R. de A.

PERSONA JURIDICA: "EL LEVANTAMIENTO DEL VELO".—SOLIDARIDAD DE OBLIGACIONES MERCANTILES. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1989.)

La impugnación de la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Bilbao que, aceptando íntegramente la apelada, procedente del Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de dicha capital, condenó a la mercantil demandada, "A. Pérez y Cía., S.A.", a abonar a la actora 17.409.226 pesetas, se lleva a cabo por la deudora condenada, articulando cuatro motivos de casación en los que, bajo el amparo del número 5.º del artículo 1.692, se acusa al Tribunal sentenciador de haber infringido los artículos 76 de la Ley de Sociedades Anónimas y los artículos 1.223, 1.114 y 1.830 del Código Civil, siendo de observar desde el principio, a efectos de la claudicación del motivo inicial, que no habiéndose cuestionado la situación de hecho fijada en primera instancia, a la que la de apelación se remite y de la que resulta no sólo que el firmante de la carta de afianzamiento, en nombre de la recurrente, en que la actora apoyó su reclamación, era empleado de la sociedad recurrente en cuyo nombre prestó la garantía desde más de veinte años atrás, y Consejero y Director Apoderado de la misma en Bilbao, en el instante de suscribir el afianzamiento, sino además que el poder utilizado por el firmante otorgado el 19 de junio de 1968 incluía, en origen, entre las facultades de administración y gestión de los asuntos de la poderdante al lado de la suscripción de documentos de giro y solicitud de garantías, la de constituir fianzas y depósitos, lo que patentiza la improcedencia de resistir la prestada en este caso, so color de que no se refería a la gestión de asuntos

propios de la sociedad, argumento tanto más inatendible cuanto que, como el Juzgador de instancia hace notar, no puede afirmarse la ajeneidad de la demandada a la deuda garantizada, y sí, por el contrario, que siendo la garante titular de la totalidad de las acciones de la anónima deudora principal, los negocios de ésta no eran en absoluto extraños a aquella otra, "cuyos asuntos y patrimonio, insiste con meridiano **acierto** y decisivo razonamiento el Juzgado inicial, eran gobernados, administrados y dirigidos" por la recurrente. De suerte que más bien se está en presencia de dos anónimas cuya apariencia formal no puede ocultar la realidad de una única pertenencia, circunstancia ésta contemplada en la doctrina científica y jurisprudencial (S. 4 marzo 1988) para entender que ha de penetrarse en el sustrato personal de las entidades en tal situación y, "levantando el velo", impedir que, al socaire de una forma legal que las dota de independencia, se incida fraudulentamente (art. 6.4 CC) en los intereses de terceros burlando su buena fe o se posibilite un uso antisocial del derecho (art. 7.2 CC).

Los razonamientos precedentes, de aplicación a los restantes motivos del recurso, en cuanto que las infracciones legales en ellos denunciadas tienen el soporte común de la dualidad deudor principal-afianzador, no obstan al examen individualizado de los mismos, reiterando la claudicación de todos ellos. Así los desarrollados en segundo y tercer lugar, en los que se viene a cuestionar la eficacia de la carta de fianzamiento expedida en nombre de la recurrente, por entender esta entidad que la expresión en el documento de **que** los efectos pendientes de pago serían satisfechos "en el momento en que se cobre la exportación del buque 'San Floro'" supone un obstáculo —desde la personalidad y desde la **condición**— a la acción ejercitada, ya que la sociedad demandada no cobró cantidad alguna de dicha exportación, aporta un razonamiento inatendible, no sólo por la **falta de** independencia social de que se ha hablado, sino también en consideración a que, a su través, se pretende un acotamiento del sentido propio y literal de lo convenido, que sólo habla del cobro, sin más, del buque exportado, parte de cuyo precio —el 15 por 100, suficiente a cubrir la deuda **garantizada**— había sido abonado, según consta **documentalmente**, mucho antes de que la sociedad acreedora entablase su acción para el cobro de la suma afianzada, según contrato cuya naturaleza mercantil, por lo demás, no es discutible (arts. 439 y 440 CCom) una vez patente su constitución por escrito y su destino, afirmando sin contradicción a garantizar el cumplimiento de un contrato mercantil lo que sería bastante para declarar la irrelevancia de la tesis que se mantiene en el 4.º y último motivo del recurso relativo a la omisión del beneficio de excusión, en mérito del principio general de solidaridad que informa las obligaciones mercantiles (SS. 7 diciembre 1968, 25 abril 1969 y 10 abril 1970).

R. de A.

SEGURO MARITIMO: PRESCRIPCION.—RIESGOS NO CUBIERTOS.—RECONOCIMIENTO DE PERSONALIDAD EN LA OTRA PARTE: VINCULA A QUIEN LA HACE. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1989.)

La Sentencia aquí recurrida, confirmatoria de la de primer grado, condena a la Compañía aseguradora "Banco Vitalicio de España, S.A.", a que abone a "Industrias Afrasa, S.A.", la suma de cincuenta y cuatro mil treinta y dos (54.032) dólares USA o su valor en pesetas en la fecha del siniestro, más los intereses al

20 por 100 desde esa fecha, para lo cual se basa en los siguientes hechos: 1.º Mediante dos distintas pólizas, las expresadas entidades tenían concertados sendos seguros para el transporte, por vía marítima, desde Valencia al puerto de Keelung (Taiwan), de un total de catorce mil ochocientos litros de insecticida (Dimetoato, 44 %), envasados en frascos de aluminio, de un litro de capacidad cada uno, que "Industrias Afrasa, S.A.", había vendido a "Yellow River Enterprise Co., Ltd.". 2.º El transporte se realizó en dos buques (uno de los cuales, al que corresponde la primera póliza, porteó 2.800 litros, y el otro, al que corresponde la segunda, 12.000 litros de dicho insecticida), que salieron del puerto de Valencia en 29 de junio y 15 de julio de 1984, respectivamente, y llegaron al de Keelung (Taiwan) en 25 de julio y 16 de agosto de 1984, también respectivamente. 3.º A la arribada de dichos buques al puerto de destino, la expresada mercancía llegó deteriorada en su totalidad, habiendo sido la causa de ello la descomposición o reacción química que como consecuencia de la excesiva temperatura a que estuvo sometido durante el largo viaje transoceánico en pleno verano había sufrido el dimetoato (que es un compuesto organofosforado), habiendo los productos de dicha descomposición o reacción química erosionado el aluminio de los frascos, en los que se produjeron pequeños orificios por donde se derramó el líquido.

Sobre la doble base de que el daño de la mercancía transportada fue conocido cuando los dos buques llegaron al puerto de destino (el 25 de julio y el 26 de agosto de 1984, respectivamente, como ya se ha dicho) y de que la demanda iniciadora del proceso del que este recurso dimanaba fue presentada el 23 de septiembre de 1986, la entidad demandada, ahora recurrente, adujo en la instancia la excepción de prescripción de la acción, por entender que había transcurrido el plazo de dos años que el artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 establece para la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro de daños. La sentencia aquí recurrida, coincidente con la de primer grado, desestimó dicha excepción, por estimar que el referido plazo de dos años ha de contarse, como *dies a quo*, no desde que ocurrió o fue conocido el daño, sino desde que la aseguradora comunicó a la asegurada la no aceptación del siniestro. A combatir dicho pronunciamiento desestimatorio de la aducida excepción de prescripción de la acción se orientan los motivos primero y segundo, con sede procesal los dos en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a través de los cuales y diciendo denunciar "infracción del artículo 1.969 del Código Civil en relación con el artículo 1.932 del mismo cuerpo legal, por interpretación errónea" (en el primero) e "infracción del artículo 944 del Código de Comercio por el concepto de violación" (en el segundo), la recurrente "Banco Vitalicio de España, Compañía Anónima de Seguros", sostiene, en esencia, que el expresado plazo de dos años ha de computarse desde que ocurrió o fue conocido el siniestro y que dicho plazo prescriptivo no es susceptible de ser interrumpido por reclamación extrajudicial del acreedor. Todo el alegato sobre el que aparecen montados los dos referidos motivos, como en su momento lo fue la aducida excepción de prescripción de la acción, tiene su apoyatura en un craso error de origen que a los juzgadores de la instancia ha pasado inadvertido y que ha de producir el ineludible fenecimiento de los meritos motivos, cual es el de sostener que el seguro marítimo se halla sometido a la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, cuando lo cierto es que, salvo la aplicación supletoria que a ésta pueda corresponder, la normativa específica reguladora del mismo es la contenida en los artículos 737 a 805 y 954 del Código de Comercio, que no han sido derogados por dicha Ley (véase el párr. 2.º de su DF), estableciendo el últimos de los citados artículos que las acciones nacidas de los

seguros marítimos prescriben por el transcurso de tres años (no de dos) desde la fecha del siniestro que diere lugar a ellas, por lo que si el daño objeto de litis, como ya se ha dicho, fue conocido el 25 de julio y el 26 de agosto de 1984 y la demanda iniciadora del proceso fue presentada el 23 de septiembre de 1986, cuando sólo habían transcurrido entre dichas fechas dos años y dos meses, huelga todo otro tipo de argumentación para desestimar los dos expresados motivos, pues aun cuando en la instancia no ha sido cuestionada la aplicabilidad a este supuesto de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, esta Sala tiene la facultad y el deber de aplicar la normativa que **legalmente** sea la que proceda (*iura novit curia*).

A combatir el pronunciamiento de la Sentencia recurrida, que desestima la también aducida en la instancia excepción de falta de legitimación activa en la actora "Industrias Afrasa, S.A.", se orientan los motivos tercero, cuarto y quinto, uno de ellos (el cuarto) con sede procesal en el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y los otros dos en el ordinal quinto del mismo precepto, motivos que han de ser examinados y resueltos conjuntamente, al ser el mismo, aunque desde distintas perspectivas, el ya dicho designio **impugnatorio** de los tres, a través de los cuales y diciendo denunciar "infracción del artículo 1.225 del Código Civil" (en el tercero), "error en la apreciación de la prueba basado en los documentos 5 y 6 del escrito de contestación a la demanda" (en el cuarto) e infracción de la doctrina de esta Sala, contenida en las sentencias que cita, acerca de la naturaleza y efectos de la venta CIF (en el quinto), la entidad recurrente viene, en síntesis, a sostener que versando el litigioso seguro de transporte marítimo sobre una mercancía que fue vendida bajo la modalidad de venta CIF, es sólo el comprador de dicha mercancía el que se halla legitimado para ejercitar las acciones derivadas del expresado contrato de seguro. Los tres referidos motivos han de fenecer, ya que cualquiera que sea la forma de compraventa (que en este caso concreto, efectivamente, fue CIF) bajo la que se vendió la mercancía asegurada, lo que solamente afectará, como norma general, al ámbito de las relaciones internas entre vendedor y comprador, lo cierto es, por un lado, como dice la Sentencia recurrida, que el seguro marítimo de la expresada mercancía fue concertado con la aseguradora, aquí recurrente, por la propia entidad vendedora ("Industrias Afrasa, S.A.") "por cuenta **propia** o de quien pertenezca", cuya forma de contratación no le priva de interés jurídico en la efectividad del seguro concertado (con independencia del destino que hubiera de dar a la indemnización reclamada, a virtud de las relaciones internas entre ella —la vendedora— y la compradora de la mercancía), y, por otro, que la entidad aseguradora, aquí recurrente, tiene extrajudicialmente reconocida la personalidad de la vendedora para reclamar dicha indemnización, como lo prueban las negociaciones o relaciones que con ella mantuvo encaminadas a ese fin y las comunicaciones que le dirigió con fechas 6 y 23 de noviembre de 1984, participándole que rechazaba el siniestro por tratarse de un riesgo excluido del seguro, pero sin negarle o desconocer su personalidad (folios 171 y 172 de los Autos), siendo doctrina consolidada de esta Sala la de que no puede impugnar la personalidad o la legitimación de un litigante quien dentro o fuera del pleito se la tenga reconocida (SS. 17 mayo 1934, 30 junio 1958, 22 diciembre 1973, 20 junio 1974, 2 abril 1986, 5 octubre 1987, entre otras).

Distinto tratamiento que a los cinco anteriores ha de corresponder al motivo sexto y último, con sede procesal en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el que la recurrente textualmente denuncia "infracción del artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro en relación con el artículo

1.091 del Código Civil, por el concepto de violación, al no tener en cuenta la Sala de Instancia los límites y exclusiones pactados en los contratos de seguro de autos". Después de salvar la errónea cita que la recurrente hace del artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, pues como ya hemos dicho en el fundamento jurídico segundo, el seguro marítimo no se halla sometido a la normativa de dicha Ley, salvo la ya dicha aplicación supletoria que le pueda corresponder, el expresado motivo ha de ser estimado por las consideraciones siguientes: 1.^a Si según lo normado con carácter general por el artículo 1.091 del Código Civil las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos y como aplicación concreta de ese principio general al seguro marítimo, el Código de Comercio, en sus artículos 755, párrafo último, y 756, párrafo primero, admite que los contratantes pueden excluir en la póliza del seguro los riesgos que tengan por conveniente; es evidente que la obligación indemnizatoria no se extiende a aquellos riesgos que, por así haberlo pactado las partes en la póliza correspondiente, quedan excluidos de la cobertura del seguro marítimo entre ellas concertado. 2.^a La cláusula 4.4 del "Institute Cargo Clauses (A)", por el que se rigen los contratos de seguro marítimo a que se refiere este recurso, declara expresamente, como riesgo excluido de la cobertura del mismo, "la pérdida, el daño o el gasto causados por vicio inherente o por la naturaleza de los bienes objeto del seguro" y, asimismo, el artículo 2.5.4 de las condiciones generales de dichos contratos de seguro concertados entre las partes aquí litigantes, declara también, como riesgos excluidos, "la fermentación, germinación, generación espontánea y corrupción debidas a la naturaleza o vicio propio de la mercancía asegurada, influencia de temperatura..." 3.^a Como ya se ha dicho en el fundamento primero, en el proceso a que se refiere este recurso aparece probado, y así lo declaran las sentencias de ambas instancias, que el deterioro total del insecticida transportado fue debido **exclusivamente** a la descomposición o reacción química que el dimetoato (que es un componente organofosforado) había sufrido como consecuencia de la muy elevada temperatura ambiente a que, en plena estación estival, estuvo sometido durante el largo viaje transoceánico hasta llegar al puerto de Keelung (Taiwan). Siendo ello así, es evidente que se trata de un riesgo excluido de la cobertura de los seguros aquí cuestionados, ya que el daño fue debido exclusivamente a la propia naturaleza del producto transportado, al ser sometido el mismo a tan elevada temperatura ambiente durante tan largo período de tiempo, lo que solamente es imputable a la imprevisión de la cargadora entidad "Industrias Afrasa, S.A.", que, por un lado, sabiendo que dicho riesgo, por así tenerlo pactado, se hallaba excluido de los seguros concertados, y, por otro, conociendo o debiendo conocer, en cuanto fabricante del producto, que la composición química del mismo no podía soportar, sin descomponerse, la elevada temperatura ambiente a que forzosamente debería estar sometido, dada la estación climatológica en que se verificó el transporte transoceánico, no contrató dicho transporte con las elementales condiciones de refrigeración que ineludiblemente exigía la propia naturaleza del producto químico transportado. Al no haberlo entendido así la Sentencia recurrida, la que, pese a tratarse, como ya se ha dicho, de un riesgo excluido de la cobertura de los seguros concertados, condena a la entidad aseguradora a pagar la indemnización de dicho daño, es patente que ha infringido los artículos 1.091 del Código Civil y 755 y 756 del Código de Comercio, por lo que, como antes se dijo, procede la estimación de éste motivo.

R. de A.

OBLIGACIONES DE HACER.—DEBE DARSE LUGAR AL DEUDOR AL CUMPLIMIENTO ESPECÍFICO (A SU CARGO).—RESPONSABILIDAD DECENAL Y PLAZO DE GARANTÍA (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1989.)

El primer motivo, amparado en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción, por no aplicación, del artículo 1.591 del Código Civil. Como afirma la resolución recurrida, el origen y eje de la cuestión debatida se encuentra en la cláusula tercera del convenio suscrito entre "Iberpistas, S.A." y "Utotrabe" el 27 de octubre de 1977 (folio 171). En efecto, habiendo surgido discrepancias entre ambas entidades para la liquidación de sus relaciones contractuales, se sometieron a un arbitraje de equidad resuelto mediante laudo de 14 de septiembre de 1977 (folio 11). Como consecuencia del mismo, con fecha 27 de octubre de 1977 las partes suscribieron el ya aludido documento de finiquito, cuya estipulación tercera es del siguiente tenor literal: "3.º Se exceptúa del finiquito anterior las obligaciones de "Utotrabe" con Iberpistas, S.A.", establecidas en el capítulo del pliego general de condiciones que bajo el título *Plazo de garantía* literalmente dice: El plazo de garantía será de cinco años a partir de la fecha de la terminación total de las obras o de su entrega parcial al servicio si así lo interesa la sociedad concesionaria. Durante el plazo de garantía, *el contratista deberá corregir a su costa* cualquier defecto o avería imputable a vicio de construcción. Igualmente queda exceptuado del finiquito, y por consiguiente obligatorio para "Utotrabe", lo establecido en el apartado 3.º, GARANTÍA DE LAS OBRAS, de las aclaraciones a la oferta de "Utotrabe", que textualmente dice: "La aparición de deformaciones o 'roderas' en el pavimento durante el plazo de garantía se considerarán expresamente como vicio de construcción a los efectos previstos en el pliego de condiciones (pág. 30), siendo *obligación del contratista repararlas a su cargo*". Como consecuencia de las excepciones anteriores queda subsistente el compromiso irrevocable contraído por Credit Lyonnais en cartas de 7 de abril de 1973 y 5 de agosto de 1974 de constituir fianza a favor de "Iberpistas, S.A.", cuando ésta lo solicite, en la cuantía que en las referidas cartas se indica. De acuerdo con lo establecido en tal convenio, Credit Lyonnais, con fecha 28 de noviembre de 1977, constituyó fianza a favor de "Iberpistas, S.A.", por el importe del cuatro por ciento del presupuesto de tales obras y para responder del cumplimiento por parte del adjudicatario, "Utrobe, Empresarios Agrupados" de sus obligaciones contractuales, por un importe máximo de 37.467.975,82 pesetas, que estaría en vigor hasta la recepción definitiva de las obras, "es decir, hasta el 28 de diciembre de 1981, en cuyo momento se considerará automáticamente cancelada a todos los efectos". "Iberpistas, S.A.", en base a los estudios *por ella encargados, sin intervención ni conocimiento del contratista*, a "Geotecnia y Cimientos, S.A.", cuyo informe, *fechado el 3 de marzo de 1982, es decir, en fecha posterior al plazo de vigencia de la fianza*, estima probados los defectos exceptuados del ya citado finiquito, que concreta la suma de 43.504.905 pesetas. Tras un acto de conciliación celebrado el 7 de enero de 1982 —sin efecto en cuanto a Credit Lyonnais y *desistido respecto a "Utotrabe"*—, *reclama por primera vez a estar también a Credit Lyonnais, en acto de conciliación celebrado el 30 de abril de 1982*, la expresada suma de 43.504.905 pesetas (a Credit Lyonnais, sólo por el importe máximo afianzado de 37.467.975,82 ptas.).

La Sentencia de Primera Instancia acoge la caducidad de la acción indemnizatoria, por entender que ésta debió ejercitarse antes del 28 de diciembre de

1981, ya que la entrega de las obras tuvo lugar el 27 de diciembre de 1976, criterio que la Sala de apelación razonablemente no comparte, por cuanto las partes no tuvieron intención de establecer plazo alguno de prescripción o caducidad de acciones, sino simplemente un plazo de garantía. La responsabilidad decenal impuesta por el artículo 1.591 del Código Civil —en el caso de autor reducida por voluntad de las partes a la quinquenal— de acuerdo con la mejor doctrina, ha de entenderse que no constituye un plazo de prescripción ni de caducidad, sino el término final de una relación de derecho sustancial, por lo que no es susceptible de suspensión ni de interrupción. Dicho plazo, que en el pliego general de condiciones las partes calificaron correctamente de GARANTÍA, no afecta al tiempo en que deba interponerse la demanda, de suerte que si los defectos previstos se producen *dentro* del repetido plazo, es entonces cuando nace la obligación por parte de "Utotrabe" de "*repararlos a su cargo*" o "*corregir a su costa*"; y como quiera que la acción que nace de tal obligación no tiene señalado plazo especial, éste será el de quince años que con carácter general establece el artículo 1.964 del Código Civil (SS. 11 octubre 1974 y 5 diciembre 1981). Ahora bien, del suplico de la demanda se evidencia que el actor pretende, tras la declaración de incumplimiento, *la condena a una obligación de dar* —pago de una suma de dinero— que nunca asumió "Utotrabe", la cual, como queda dicho, se comprometió exclusivamente a virtud del repetido convenio de aplicación preferente en el supuesto litigioso, a "*reparar a su cargo*" o "*corregir a su costa*" los defectos *que se advirtieran o pusieran de manifiesto durante el plazo de garantía* y que, obviamente, se le hubiese hecho saber, pero no a pagar los daños y perjuicios que unilateralmente fija "Iberpistas, S.A.", por el concepto de reparaciones llevadas a cabo por otra sociedad. En las obligaciones de hacer, el acreedor puede exigir que esa prestación se realice en forma específica (*acción de cumplimiento*), siendo esta obligación de cumplir la primera y directa consecuencia del *incumplimiento imputable*, que en ocasiones puede conseguirse coactivamente, aun contra la voluntad del deudor; así, el artículo 1.098 del Código Civil dispone que "si el obligado a hacer alguna cosa *no la hiciere*, se mandará ejecutar a su costa". Tan sólo en el caso en que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación entra en juego *nemofactum cogi potest* y la prestación primitiva se transforma subsidiariamente en la de indemnizar, pero para que nazca esta acción de resarcimiento es indispensable que el incumplimiento sea voluntario, es decir, que se deba a dolo o culpa del deudor o con contravención del tenor de las obligaciones pactadas (art. 1.101 CC). Como expresa la Sentencia recurrida, para conocer la actitud del deudor y obra en consecuencia ha de ser requerido a actuar; y en el caso de Autos, ni extraprocésal ni procesalmente se ha invitado a "Utotrabe" a reparar, sino que la demandante efectuó las obras correctoras que estimó pertinentes, privando a la demandada de comprobar la veracidad e importancia de las deficiencias acusadas y del derecho, "que derecho es a cumplir lo que *contractualmente* convino, con el eventual ahorro resultante de la utilización de sus propios medios personales y materiales"; a lo que ha de añadirse la incertidumbre que la conducta de "Iberpistas" ha propiciado en orden a conocer y probar la verdadera entidad de los desperfectos y persona o entidad responsable de los mismos, acreditando si aquellos se produjeron antes o después del plazo de garantía, con los consiguientes requerimientos a "Utotrabe"; todo lo cual impone la desestimación del motivo.

Como obligada consecuencia de lo expuesto, también ha de rechazarse el segundo motivo, en el que por igual vía que el anterior se denuncia infracción,

por no aplicación del artículo 1.822, párrafo primero, del Código Civil. Es el propio recurrente quien afirma que si "se ve casada la Sentencia condenando a 'Utotrabe' a la indemnización de los daños causados, el precepto que se cita como infringido en este motivo ordenará correlativamente a condenar a Credit Lyonnays, en su concepto de fiador, al pago de las cantidades resultantes, en el supuesto de que 'Utotrabe' no abone tales sumas", por lo que al no prosperar la condena que la actora postula, es evidente que la Sentencia no incurre en la infracción denunciada en el presente motivo.

R. de A.

DILIGENCIAS PARA MEJOR PROVEER: NECESIDAD DE DAR A LAS PARTES OPORTUNIDAD DE FORMULAR ALEGACIONES SOBRE ELLAS. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1989.)

Los tres primeros motivos del recurso se formulan al amparo del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil "por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio que rigen los actos y garantías procesales cuando, como en este caso sucede, se ha producido indefensión para la parte"; se refieren los tres motivos, y por ello han de examinarse conjuntamente, a las infracciones procesales cometidas por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ciudad Real en la práctica de dos pruebas periciales acordadas como diligencias para mejor proveer al amparo del artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal y como se encuentra regulado por la reforma operada en dicho texto legal en 6 de agosto de 1984 y que fueron denunciadas como motivo de nulidad de actuaciones en el acto de la vista del recurso de apelación sustanciado ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial; tales infracciones consisten, según la recurrente, en la inobservancia del artículo 616 de la citada Ley Procesal sobre designación de peritos (motivo primero), de los artículos 627 y 628 del mismo texto legal atinentes a la emisión del dictamen de los peritos con citación e intervención de las partes (motivo segundo) y del artículo 342 de repetida Ley sobre alegaciones de las partes acerca del alcance o importancia de las diligencias practicadas. Examinadas las actuaciones por esta Sala, se observa que el Juzgado, por providencia de 25 de marzo de 1985, notificada al siguiente día a los Procuradores personados, se acordó la práctica de la prueba pericial solicitada por ambas partes que no había sido practicada, como diligencia para mejor proveer y con suspensión del término para dictar Sentencia; fueron designados Peritos don Pedro Aranguez Ruiz, Ingeniero de Minas, y don Miguel Poveda Ciorraga, Ingeniero Industrial, quienes aceptaron sus cargos en 11 y 14 de mayo de este año, respectivamente; sin previo señalamiento y notificación a las partes y sin su asistencia, el día 26 de junio siguiente el Perito señor Aranguez presentó en el Juzgado su informe por escrito, ratificándose en él, y así lo hizo igualmente el perito señor Poveda el día 12 de septiembre del mismo año; sin mediar providencia alguna sobre las diligencias practicadas para mejor proveer, el Juzgado dictó Sentencia en 14 de octubre de 1985; en el fundamento de Derecho tercero de la Sentencia ahora recurrida se estudian las alegaciones de la parte demandada apelante sobre la nulidad de actuaciones por incumplimiento del artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien en el acta de la vista no se hacen constar estas alegaciones por el fedatario judicial.

La facultad **concedida** al Juzgador por el artículo 340 de la Ley Procesal Civil para acordar la práctica de diligencias para mejor proveer, como actos de instrucción realizados por el órgano jurisdiccional para formar su propia convicción sobre la materia del proceso, es ajena al impulso procesal de parte y al principio dispositivo, lo que no obsta para que, una vez acordadas tales diligencias, haya de someterse su práctica a la regulación legal, dando intervención en ellas, a partir de la vigencia de la reforma llevada a cabo por la Ley de 6 de agosto de 1984, a las partes, de acuerdo con el párrafo último del artículo 340 citado, y, una vez practicadas, han de serles puestas de manifiesto por tres días para que aleguen por escrito cuanto estimen conveniente acerca de su alcance o importancia, según ordena el artículo 342 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; comprobadas por la Sala, como se recoge en anterior fundamento, las omisiones procesales denunciadas en los tres motivos que se examinan y que el recurrente careció de términos hábiles para oponerse a las mismas hasta el momento de la vista del recurso de apelación en que solicitó de la Sala *a quo* la nulidad de actuaciones, se pone de manifiesto que en la práctica de estas pruebas periciales acordadas para mejor proveer se han conculcado los artículos 340 y 342 de la Ley Procesal, así como los artículos 616, 627 y 628 de la misma reguladoras de esa clase de pruebas, ya que no se dio intervención en ellas a las partes ni se les dio oportunidad procesal para formular las alegaciones a que se refiere el artículo 342, lo que ha causado a la parte recurrente una clara indefensión, que da lugar a la estimación de estos tres primeros motivos del recurso por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio y las que rigen los actos y garantías procesales que han producido indefensión para la parte, como requiere el artículo 1.692, número 3.º, al final, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (SS. 10 julio 1986 y 9 mayo 1988), y habiéndose pedido la subsanación de la falta en el primer término hábil en que ello fue posible, a tenor del citado artículo 1.692. Admitidos estos tres motivos del recurso, se hace innecesario entrar en el examen de los restantes, ya que versando estos motivos sobre actos y garantías procesales ha de darse cumplimiento a lo dispuesto en el número 2.º del artículo 1.715 de la repetida Ley a cuyo tenor "se mandarán reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta"; en consecuencia, procede anular las actuaciones desde la providencia de 25 de marzo de 1985, inclusive, en que se acordaron las diligencias para mejor proveer, que debe ser modificada para acomodarla a la Ley (arts. 340, párrafo último, y 342 de la LEC).

R. de A.

CESION DE PARTICIPACION DE LOTERIA, QUE RESULTA PREMIADA.—DECLARACION "I OCANDI CAUSA".—CARGA DE LA PRUEBA. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1989.)

Por demanda presentada ante el Juzgado de Primera Instancia de Guadalajara, don Carlos R. G. reclamó de don Manuel S. G. el pago del premio de una participación de lotería de 1.000 pesetas en el número 55.793, comprada al mismo con anterioridad, que resultó agraciado en el sorteo de 21 de diciembre de 1984, quedando el décimo en poder de dicho demandado, que no discute la cuantía correspondiente de 4.805.000 pesetas, pero niega la venta de tal participación y su firma en el documento privado que acompaña el actor para acreditarlo,

aunque reconoce que estuvo bebiendo en un bar y después en su casa, sita en la calle Almodóvar, donde "el señor R. estuvo enseñando al señor S. una serie de papeletas con *comics* y chistes, algunos de los cuales simulaban recibos de lotería, rifas inexistentes y otros documentos..., al mismo tiempo que rellenaban y firmaban algunos de manera alegre..., pero sin intención alguna de que tuvieran alguna validez aquellas bromas que se gastaban mutuamente...", "por lo que pudo suceder que durante aquel rato... el señor R. se quedara con alguno de los que habían escrito en tono jocoso..."; y... "aun en el supuesto que tampoco admite el señor S., porque no lo recuerda, de que hubiera firmado y rellenado la papeleta absurda que presenta el demandante..., se trataría en ese supuesto de una declaración *iocandi causa*..." La tan aludida participación dice así: "N.º 55.793 LOTERIA NACIONAL.—EL GACHO QUE EXIBE EL PRESENTE AFORO LA CANTIDAD DE MIL LEGAÑAS PA QUE SE ENDINE LA "TOSTA" U SEASE UNA PASTA MUGANSA PA EN EL CASO DE QUE LOS GUARISMOS INDICAOS AL FRONTIS SEAN AGRACIADOS EN EL SORTE DE LA LOTE DEL DIA 21 DE DICIEMBRE DE 1984. SON MIL CHULAS". Y al final "AUTOGRAFO" con la firma debajo. El Juzgado, por Sentencia de 3 de octubre de 1985, desestimó la demanda, con base a la negativa del demandado y el resultado de la prueba pericial caligráfica, para la que se señalaron como indubitados la firma que estampase el demandado al prestar confesión y el cuerpo de escritura que formase, por no aclararse debidamente que fuese la misma firma, "aunque parece existir mayor similitud entre la firma de la participación y la firma puesta por el demandado al ser emplazado". La Audiencia Territorial revocó la Sentencia recurrida y estimó la pretensión de la actora-apelante al recoger la estancia en el dominio de la calle Almodóvar, que el demandado confesó, respecto al documento de la participación, "que las palabras obrantes en el mismo se parecen un poco a su letra, parecido éste que se traduce en identidad si se compara la firma del citado documento estampado bajo la palabra 'autógrafo' y la firma de don Manuel S. G. obrante en la diligencia de emplazamiento (folio 17)".

Contra esta última Sentencia, de 17 de julio de 1987, se interpuso recurso de casación, con base en un único motivo, al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la LEC, por entender el recurrente que al concederse fuerza probatoria al documento presentado para fundamentar la reclamación se contradicen los preceptos del ordenamiento jurídico establecedores de los principios dispositivos y de aportación de parte, "lo que constituye un error de derecho" que ha de denunciarse por tal vía, infringiéndose el artículo 1.214 del Código Civil, cuya cita "puede viabilizar el recurso cuando se alegue y se demuestre que el Juzgador de instancia ha desconocido las reglas del mismo sobre atribución a cada parte de la carga de la prueba invirtiendo el *onus probandi*, pues, sigue diciendo, no se ataca la valoración de la prueba utilizando el conjunto global de los medios aportados, sino, en contradicción con ellos, basarse en el emplazamiento, que no figura en la pieza de prueba, supliendo la Sala la iniciativa de la parte actora. El motivo tiene que ser desestimado porque: a) El viejo principio de que lo que no está en los Autos no está en el mundo implica, a *sensu contrario*, que todo lo que obra en Autos puede y debe ser valorado por el Juzgador, figure o no en los ramos de prueba, cuando no hay duda sobre su realidad; b) Aunque se afirma que no se ataca la valoración conjunta de la prueba, es precisamente eso lo que está haciendo y lo que tuvo en cuenta el Tribunal de Instancia, sin que se cite una norma de hermenéutica jurídica infringida, dado que no lo es el artículo 1.214 del Código Civil, precepto no apto, por su carácter genérico, para amparar un recurso de casación al no referirse a un medio concreto de prueba ni regular

su eficacia, por lo que sólo es operante cuando el Tribunal *a quo* ha desconocido la correcta distribución de la carga demostrativa (SS. 7 febrero y 6 junio 1981, 5 abril 1982, 16 y 26 diciembre 1983 y 3 diciembre 1984, citadas todas en la de 24 julio 1986 y 30 septiembre, también de 1986); c) El artículo 1.214, con su redacción simplista y aparente acierto, no resuelve el problema de la prueba y hubo de ser completado con la doctrina del *onus probandi*, en su recto sentido de que las consecuencias perjudiciales de la falta de prueba han de parar en quien tenía la carga de la misma, si bien la carga probatoria que impone se torna innecesaria respecto de los hechos que aparecen acreditados; y para ellos no importa ya discriminar si los ha aportado el actor o el demandado (SS. 14 febrero 1949, 29 noviembre 1950, 2 febrero 1952, 20 junio y 30 diciembre 1954, y 23 septiembre 1986), pudiendo incluso completar la prueba los órganos jurisdiccionales (diligencias para mejor proveer) o valorar la existente, cual se ha dicho, tomando en cuenta para ello cuantos datos obren en Autos, de forma que lo pretendido por el recurrente es imponer su propio criterio sobre el del Juzgador, sin respetar la potestad de éste en la determinación de los hechos; y d) Tanto el artículo 609 de la LEC, que respecto al cotejo de letras faculta al Juez para hacer por sí mismo la comprobación después de oír a los Peritos revisores, como el artículo 632 del propio texto legal, establecen que los Tribunales apreciarán esta prueba conforme a las reglas de la sana crítica, no definidas en el ordenamiento jurídico, por lo que siendo racionales y lógicas las consecuencias a que llega la Audiencia, no siendo necesario para ello "poseer conocimientos científicos ni prácticos dadas las notorias identidades que se pueden observar a simple vista entre ambas firmas" y la espontaneidad con la que hubo de plasmarse la estampada en la diligencia de emplazamiento (las actuaciones judiciales se equiparan a escrituras públicas y solemnes, S. 5 julio 1911), es claro que, como sigue afirmando, no infringió precepto formal alguno, cosa que hace en cambio el recurrente al citar dentro del mismo motivo los artículos 1.091, 1.261 y 1.790 del Código Civil, que no pueden resultar vulnerados si se parte de la base fáctica sentada por la Sala de instancia, pues la entrega de una participación de lotería implica un contrato de cesión de derechos, realizada en el caso que nos ocupa por precio; en nuestra legislación, a partir del ordenamiento de Alcalá, que inspira el vigente Código Civil, los contratos se perfeccionan y son obligatorios cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez (art. 1.278); la existencia o inexistencia del consentimiento; objeto y causa, y, en definitiva, la del contrato, constituyen cuestiones de hecho que ha de apreciar el Juzgador de instancia, y su criterio sólo puede combatirse al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la LEC, al menos en cuanto a los hechos que le sirvieron como soporte; no cabe sostener que el consentimiento se dio por motivos distintos de los que aparecen claramente expresados en el contrato, pues si existieran otros se habrían también consignado; el consentimiento manifestado en forma jocosa no vicia su existencia ni la del objeto y la causa cuando éstos resultan claros de aquella expresión y no cabe dudar de su validez, es decir, que el consentimiento *iocandi causa* sólo revela la existencia del contrato cuando de él se desprenden la falta de objeto cierto que sea materia del mismo o la falta de causa de la obligación que se establezca, nada de lo cual se da en el presente caso, en el que el buen humor en la forma, como muestra de alegría y complacencia, e incluso de la duda o esperanza sobre la buena suerte que haya de acompañar a los contratantes en el juego de la lotería en nada empece a la seriedad del contrato.

R. de A.

RESPONSABILIDAD CIVIL.—CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA.—RELACION DE CAUSALIDAD (NO EXISTE).(SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1989.)

Promovido por don Antonio M.O. ante el Juzgado de Primera Instancia de Santa Coloma de Farners demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don Narciso P. C, la Compañía de Seguros Generales Lepanto, S. A; don Ramón F. J., la Compañía de Seguros "Les Assurances Nationales IARD" y la Compañía de Seguros "Winterthur" sobre reclamación de daños por responsabilidad extracontractual, con fecha 18 de noviembre de 1986 recayó Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona en la que, revocando la dictada por el referido Juzgado el 15 de marzo de 1985, se desestimaba la demanda y absolvía de ella a los demandados, Sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de Ley y en la que se sientan, entre otros, los siguientes hechos probados: a) Que la esposa del actor —Manuela F.C.— viajaba como usuaria en el autobús Pegaso, matrícula GE-7692-A, que conducido por Luis L. G., siendo propiedad del demandado, Ramón F. J., y estando asegurado por la entidad demandada, "Les Assurances Nationales IARD", circulaba por la carretera de Blanes a Sant Feliú de Guíxols, en sentido inverso, a una velocidad aproximada de unos 20 kilómetros/hora; b) Que la señora F., con motivo de haber observado que en el cruce existente en las proximidades del lugar y en el otro lado de la calzada se hallaba detenido uno de los autocares que hace la línea Blanes a Lloret de Mar y que era el que habitualmente utilizaba para su traslado al lugar de trabajo, pidió de forma insistente al conductor del autobús que se detuviera y le permitiera bajar del mismo para no perder aquél, ya que, en su caso contrario, llegaría con retraso; c) Que el conductor del autobús, acto seguido, penetró en el arcén y detuvo el vehículo, en un lugar donde no tiene parada obligatoria, para que descendiera la referida viajera; d) Que al reanudar la marcha el mentado autobús Pegaso la ya entonces peatón cruzó oblicuamente la calzada, siguiendo idéntica trayectoria que el autobús, por detrás de éste, para intentar llegar al lugar donde se encontraba detenido el autocar mencionado; e) Que el vehículo del cual la señora F. había descendido, al llegar al cruce, mientras la indicada peatón seguía corriendo detrás del mismo, se detuvo ante la señal de stop; f) Que en este momento la referida señora se introdujo a la vía opuesta, en el preciso instante que por la misma llegaba el autocar Setra, matrícula B-1490-C, que conducido por Francisco J.M., siendo propiedad del demandado Narciso P. C. y estando asegurado por la sociedad asimismo demandada "Compañía de Seguros Generales Lepanto, S.A.", le alcanzó de lleno con la parte delantera izquierda del susodicho vehículo, falleciendo aquélla en el acto; g) Que el conductor del mentado autocar no pudo observar que de detrás del autobús Pegaso saliera la peatón de referencia, que cruzaba la carretera apresuradamente y sin cerciorarse de si en sentido contrario circulaba algún vehículo; y h) Que dicho conductor iba circulando correctamente por su carril y a una velocidad inferior a la establecida como límite en el sitio donde ocurrió el atropello.

El primero de los motivos del recurso se formula al amparo del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta de documentos que obran en Autos y demuestran la equivocación sin hallarse contradichos por otros elementos probatorios, designándose por el recurrente como tal documento el testimonio de particulares expedido por el Secretario del Juzgado de Distrito de Santa Coloma de Farners relativo al juicio de faltas seguido en tal órgano jurisdiccional como

consecuencia del accidente en el que se originó el fallecimiento de la esposa del hoy recurrente y que concluyó con Sentencia absolutoria, testimonio del que, según lo alegado en el presente motivo, se desprende el error en que incurrió el Juzgador de apelación al valorar los hechos, motivo éste que no podrá prosperar si tenemos en cuenta que, como da ya a entender en el cuerpo del mismo la parte que lo introduce, carece en su conjunto de litisuficiencia para acreditar lo pretendido en ella, lo que le obliga solicitar que se tenga en cuenta la declaración de determinados testigos, en cuanto cree que favorece su postura, desoyendo otros testimonios menos favorables a ella y que, en todo caso, constituyen medios de prueba tan válidos como aquellos en los que se apoya el motivo que, al contradecir así frontalmente el precepto del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe ser expresamente rechazado.

La desestimación del primer motivo comporta la inmutabilidad de los fundamentos fácticos sobre los que reposa la solución recurrida y convierte en imposible la prosperidad de los motivos segundo y tercero, que al amparo ya del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alegan la existencia de sendas infracciones; en el segundo del artículo 1.º del Texto Refundido de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor y el Decreto legislativo 28-6-1986 respecto de la presunción de culpa del conductor de tales mecanismos, así como de la doctrina que los interpreta y en el tercero de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, puesto que si con relación al primero cabe decir que la doctrina jurisprudencial sentada en torno a la reparación indemnizatoria de los daños causados por vehículos de motor, aun admitiendo la doctrina de la responsabilidad por riesgo, le atribuye únicamente como efecto el de la inversión de la carga de la prueba, que en modo alguno impide el que la Sala de Instancia, en ocasiones como la presente en que está acreditado en Autos la ausencia en los demandados que intervinieron en el accidente de una conducta viaria tal que pueda ser calificada de negligente, llegue a concluir la imposibilidad de hacer recaer sobre los tales demandados la obligación de reparar tales daños; con relación al motivo tercero debe igualmente concluirse que no cabe sustentar con éxito una denuncia de inaplicación del mecanismo reparador de daños de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil cuando, como sucede en el caso que nos ocupa, los hechos sobre los que debe fundarse la acción reparatoria no permiten apreciar el cumplimiento de los requisitos a que la doctrina jurisprudencial interpretativa de los preceptos citados subordina la prosperidad de las acciones de exigencia de responsabilidad extracontractual, máxime cuando no cabe apreciar que la detención en el arcén de la carretera del autobús en que viajaba la víctima siquiera pudiera integrar una infracción de carácter administrativo de la que podría responder su conductor se halle unido por un nexo causal suficiente como para originar la responsabilidad del mismo al accidente sufrido por la misma cuando saliendo por detrás del mismo con la finalidad de cruzar la carretera, vino a interferir en el camino seguido por el otro autobús, cuyo conductor no tuvo ocasión de prever su presencia ni evitar el arrollamiento de la misma que ocasionó su inmediato fallecimiento.

R. de A.

RESPONSABILIDAD CIVIL: EVOLUCION EXPERIMENTADA EN LA APRECIACION DEL ELEMENTO CULPA, PERO SIN ELIMINAR EL PRINCIPIO CULPABILISTA.—FALTA DE RELACION DE CAUSALIDAD. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1989.)

La base fáctica del presente recurso de casación vino constituida, sustancialmente, sobre el siguiente particular: que hacia las 14,00 horas del 6 de diciembre de 1984 y en ocasión de circular a velocidad moderada por la carretera nacional 634, en sentido de Guetaria a Zumaya, el autobús de marca Pegaso y matrícula BI-5248-B, propiedad de la empresa de "Transportes Pesa, S.A." y conducido por don José Ignacio Osa Martija, al servicio de la misma, al llegar a la altura del punto kilométrico 26,300, término municipal de Zumaya, el referido vehículo derrapó primeramente a la izquierda y después a la derecha, lo que originó que fueraa golpear contra el petril de piedra existente en dicho lugar y se precipitara a continuación al fondo del acantilado que, bordeando la carretera, descendía hasta el mar, produciéndose la muerte del mencionado conductor y de los tres ocupantes que viajaban en el Autocar, siendo de añadir que la calzada de la carretera se encontraba mojada por las salpicaduras del oleaje, que los neumáticos del vehículo se encontraban en buen estado, que la fecha de su matriculación fue el 13 de julio de 1972 y que la de su última inspección técnica tuvo lugar en 12 de noviembre de 1984, con resultado favorable.

Sobre la base fáctica relacionada, doña Carmen U. O. y don José-Martín, doña Josefa-Joaquina, don José-Francisco, don José-Javier, doña Miren-Harbil y doña María-Belén O. U., en el concepto respectivo de viuda e hijos del fallecido conductor, promovieron juicio declarativo de menor cuantía contra la empresa "Transportes Pesa, S.A." en el Juzgado de Primera Instancia de Azpeitia, el que, por Sentencia de 3 de junio de 1987, condenó a la sociedad demandada al pago de la cantidad de seis millones de pesetas a los actores, con los intereses previstos en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, e imposición de las costas a aquélla, cuya resolución, en trámite de recurso de apelación, fue revocada por la dictada en 16 de enero de 1988 por la Sala de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Pamplona, en la que, con desestimación de la demanda, absolvió a la entidad demandada de las pretensiones contra ellas deducidas, sin condena en costas en ninguna de las instancias, y es esta segunda sentencia la recurrida en casación por la parte actora, con fundamento en un único motivo al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, en relación con las Sentencias de 6 de mayo de 1983, 9 de abril de 1963, 18 de noviembre de 1980 y 24 de marzo de 1953. Respecto a dicho motivo son de hacer las siguientes consideraciones: ser cierto que la responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad según lo impone el artículo 1.902 del Código, ha ido evolucionando en la doctrina jurisprudencial, a partir de la Sentencia de 10 de julio de 1943, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi subjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el provecho, la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido con la actividad peligrosa, y es por ello por lo que se ha ido transformando la apreciación del principio subjetivista, ora por el

cauce de la inversión o atenuación de la carga probatoria, presumiendo culposa toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida a tenor de las circunstancias del lugar y tiempo, demostración que no se logrará con el mero cumplimiento de disposiciones reglamentarias, ora exigiendo una diligencia específica más alta que la administrativamente reglada, entendiendo que la simple observancia de tales disposiciones no basta para exonerar de responsabilidad cuando las garantías para prever y evitar los daños previsibles y evitables no han ofrecido resultado positivo, revelando la ineficacia del fin perseguido y la insuficiencia del Cuidado prestado: pero, sin embargo, la evolución de objetivizar la responsabilidad extracontractual no ha revestido caracteres absolutos y, en modo alguno, permite la exclusión, sin más, aun con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la realidad social y técnica, del básico principio de responsabilidad por culpa a que responde nuestro ordenamiento positivo. Las precedentes consideraciones están en línea con la doctrina establecida en las Sentencias citadas en el motivo, a las que habría que adicionar, entre otras muchas, las de fecha 28 de febrero de 1950, 23 de diciembre de 1952, 24 de marzo de 1953, 8 de abril de 1958, 30 de junio de 1959, 9 de abril de 1963, 15 de junio de 1967, 14 de marzo de 1968, 14 de octubre de 1969, 11 de marzo de 1971, 10 y 29 de mayo de 1972, 9 de marzo y 17 de noviembre de 1973, 1 y 9 de junio de 1975, 30 de junio de 1976, 31 de enero y 27 de mayo de 1978, 27 de abril de 1981, 27 de mayo, 4 de octubre y 20 de diciembre de 1982, 29 de marzo, 25 de abril, 6 y 17 de mayo y 13 de diciembre de 1983, 9 de marzo de 1984, 21 de junio y 1 de octubre de 1985, 24 y 31 de enero y 2 de abril de 1986 y 19 de febrero de 1987.

La proyección al motivo de las consideraciones que anteceden son determinantes de su inviabilidad en cuanto que no cabe la posibilidad de atribuir un mínimo de culpabilidad a la sociedad demandada que, en conjunción con la noción de riesgo, hubiera originado, en relación de causalidad, el resultado dañoso, ya que la circunstancia de que el vehículo, dadas las fechas de matriculación y producción del accidente, hubiese rebasado en algo más de un año el coeficiente máximo de amortización prevenido en la Orden de 21 de diciembre de 1968, es un dato notoriamente insuficiente en orden a acreditar, de por sí, un deficiente estado en el Autobús, especialmente, cuando fue objeto de inspecciones periódicas y la última, practicada en fechas próximas al siniestro, había resultado favorable, y ello, sin poder olvidar el buen estado de conservación que ofrecían los neumáticos, todo lo cual, descarta la intervención de la empresa en la salida de aquél de la calzada, cuya fase inicial, el derrape o deslizamiento, bien pudo deberse a diversas causas, entre ellas, la influencia del oleaje sobre la calzada de la carretera, y esto así, lleva a concluir que el Tribunal *a quo* no interpretó erróneamente los preceptos legales y doctrina jurisprudencial citadas en el motivo, lo que supone, como ya dijo, el fracaso del mismo.

R. de A.

RESPONSABILIDAD CIVIL: AUSENCIA DE CULPA DE LA DEMANDADA.
(SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1989.)

En el suplico de la demanda origen de la litis de que trae causa este recurso de casación se insta la declaración de que los daños y perjuicios sufridos por la

demandante, doña Bibiana N. A, como consecuencia del incendio ocurrido el día 6 de octubre de 1985, fueron originados por culpa o negligencia del demandado al producirse el incendio en la chimenea de la casa de su propiedad y condenando al demandado a la correspondiente indemnización. La parte demandada, don Juan I. V., se opuso, y formuló reconvencción pidiendo indemnización de los daños causados por el incendio que se debió, en su criterio, a culpa de la demandante. Ambas sentencias de instancia estimaron la demanda, apreciando la culpa del demandado como causante del incendio. Antes de pasar al estudio y resolución sobre los tres motivos de que se integra este recurso de casación, interesa dejar sentado que los hechos básicos del fallo estimatorio de la sentencia recurrida fueron los siguientes: a) Las casas vivienda de ambos litigantes son contiguas, separadas por una pared medianera; la del demandado tiene junto a esta pared su cocina, mientras la vivienda de la demandante la tiene en el lado opuesto junto a la pared que no es medianera; ambas con salida de humos al tejado común a través de su tubería. b) El 5 de octubre de 1985 el demandado encendió su chimenea a las diez horas, la que funcionó mal, saliendo humo anormal, por lo que la apagó, volviéndola a encender más tarde "y quedando con fuego a la noche, y sobre las 6,15 horas del día 6 se produjo un incendio, pasando el fuego al tejado común, y ardiendo totalmente las dos viviendas, produciéndose a la actora unos daños tasados en más de nueve millones de pesetas". c) Consta el defectuoso funcionamiento de la chimenea del demandado, falta de las reparaciones necesarias, máxime cuando la pared sobre que apoya la chimenea es medianera y, al parecer, también necesitada de reparaciones; no hay constancia, en cambio, de que la chimenea de la demandante requiera reparaciones, ni tampoco si al ocurrir el incendio estaba encendida, a pesar de que esto es afirmado, sin prueba convincente obtenida en la instancia, por el demandado. d) Señala el Tribunal de Instancia [fundamento de Derecho 4.º, ap. b)] que "de la prueba testifical de Autos y del atestado de la Guardia Civil se deduce que el fuego se inició según los primeros testigos que lo vieron en el centro del tejado, lugar que corresponde a la pared en que está emplazada la chimenea del demandado, pues la de la actora está situada en la pared opuesta, en la que no se inició, según esos vestigios, el incendio". e) No obstante obtener el origen del incendio a través de pruebas directas, como la testifical y su equivalente el atestado y diligencias sumariales, la Sala *a quo* afirma, más bien corrobora, por deducciones presuntivas, la procedencia del fuego y subsiguiente responsabilidad de los hechos de Autos, con base en conducta negligente del demandado.

Los hechos expuestos no han sido adecuadamente impugnados en el recurso, toda vez que los tres motivos de que consta se apoyan en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el primero de ellos se acusa la infracción del artículo 1.253 del Código Civil y de las doctrinas que cita de esta Sala. Dado el cauce por el que se formula el motivo, éste no impugna el hecho base de la presunción, sino el enlace entre ese hecho básico probado y la conclusión de que el incendio se originó en la cocina del ahora recurrente. Partiendo de los hechos acreditados, que se han consignado, hay prueba directa del lugar en que se observaron los indicios del incendio, que fue en lugar de la vivienda del recurrente, extendiéndose después el fuego a la colindante. Para destruir esta conclusión presuntiva hay que demostrar que el Juez ha seguido, al establecer dicho nexo o relación, una vía o camino erróneo no razonable o contrario a las reglas de la sana lógica y buen criterio (SS. 5 noviembre 1981, 26 marzo 1982, 25 febrero 1983 y 11 febrero 1984); además, la determinación de dicho nexo lógico y directo constituye un juicio de valor que está reservado a los Tribunales y que

hay que respetar en tanto no sé acredite su irrazonabilidad (SS. 7 y 10 marzo y 14 julio 1983). Frente a esta doctrina, la parte recurrente afirma que la pared entre ambas viviendas es medianera, cuya circunstancia no ha sido básica para establecer la presunción de culpa del recurrente, que también la demandante y actual recurrida tuvo encendida su cocina, hecho sobre el que nada se acredita ni se tuvo como probado por el Tribunal de apelación, y que también a estaba obligada a contribuir a reparar la pared medianera. Pero estos hechos y afirmaciones jurídicas no están lógicamente y buen criterio al Tribunal de apelación, ni impelen a poder sostener con fundamento que se siguió un criterio erróneo para establecer de unos hechos básicos (lugar de salida del humo y señal del incendio, cocina del demandado encendida el día anterior por la noche, hora en que comenzó el fuego, salida anormal de humo el mismo día anterior); observaciones que no pudieron hacerse, ni otras equivalentes, respecto de la conducta de la recurrida. Por todo ello este motivo debe ser rechazado.

El segundo de los motivos denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil y la doctrina recogida en las sentencias de esta Sala que se citan. Parte el motivo del hecho, no acogido como decisivo por la Sala de instancia, de que la pared era medianera y en malas condiciones, olvidando que esta circunstancia no ha sido la decisiva para apreciar culpable la conducta del recurrente, sino a lo más circunstancia marginal y accesorio, pues la causa principal y determinante de manera exclusiva del incendio fue indudablemente el fuego encendido en la cocina del demandado y no la situación más o menos defectuosa de la pared medianera. Parte también el motivo de la conclusión no acreditada de que la demandante y recurrida creó también el riesgo de incendio, lo que según se deja indicado no aparece probado en la fase correspondiente de la instancia, ni apreciado por el Tribunal *a quo*. Todo ello conduce asimismo a la desestimación de este segundo motivo, en cuanto el artículo 1.902 del Código Civil fue rectamente aplicado en la sentencia recurrida.

Por último, el motivo tercero acusa la infracción de las leyes 370 y 376 de la Compilación de Navarra, del artículo 392, párrafo 1, del Código Civil, de los artículos 389, párrafo 1, 575, 1.907 y 1.902, todos ellos del Código Civil y de la doctrina de la sentencia de esta Sala que cita. En definitiva, se alega la infracción en un solo motivo de siete preceptos legales, algunos de los cuales constan de varios párrafos, sin indicarse cuál es el infringido, todo lo que revela un defecto formal de formulación de este motivo, lo que da como consecuencia mezcla de criterios sobre la medianería, con las normas sobre vecindad y sobre responsabilidad extracontractual. Y, sobre todo, ese conglomerado de supuestas infracciones tan heterogéneas no consigue anular la apreciación de la prueba verificada por la Sala de instancia, ni la consecuencia obtenida de culpabilidad en contra del demandado recurrente y consiguiente responsabilidad extracontractual al amparo de la Ley 488.2, de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra y artículo 1.902 del Código Civil. En definitiva, este motivo también ha de ser rechazado y con él la totalidad del recurso.

R. de A.

ERROREN LA APRECIACION DE LA PRUEBA: LA CASACION NO ES UNA TERCERA INSTANCIA. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1989).

El único motivo del presente recurso denuncia, por el cauce del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, error en la apreciación de la

prueba basado en documentos obrantes en Autos y a tal efecto señala: 1) Documentos aportados con la demanda, folios 1 a 408 ambos inclusive, todos ellos relacionados entre sí y que forman un todo puestos en relación con la prueba de libros que obra en Autos a los folios 480 a 491 ambos inclusive; 2) Documentos aportados con la contestación a la demanda bajo los números 2 a 12 obrantes a los folios 590 a 599 ambos inclusive, igualmente puestos en relación con la prueba de libros que obra en Autos a los folios 480 a 491 ambos inclusive. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil llevada a cabo por la Ley 34/84, de 6 de agosto, si bien flexibilizó el rigor formalista de su anterior redacción, no por ello ha convertido la casación en una tercera instancia en la que el Tribunal pueda realizar un nuevo examen y valoración de todos los elementos de convicción aportados a las actuaciones sino que, cuando se utiliza la vía procesal del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, su contenido se limita a resolver si los documentos que se invocan en su apoyo demuestran, en efecto, la equivocación del Juzgador, exigiéndose para ello que los invocados tengan el concepto de documentos en el sentido de que constaten un hecho, acto o negocio jurídico producido con independencia de las actuaciones judiciales a las que han sido incorporados como uno de los medios de prueba que autorizan los artículos 1.215 del Código Civil y 578 de la citada Ley de Enjuiciamiento; que los documentos no hayan sido tenidos en cuenta e interpretados por el Tribunal de instancia y que en sí mismos contengan datos reveladores del supuesto error sin necesidad de ser sometidos a deducciones o interpretaciones. Esta constante doctrina jurisprudencial lleva indefectiblemente a la desestimación del motivo ya que lo en realidad pretendido por el recurrente es una nueva valoración de la prueba practicada en Autos, consistente, fundamentalmente, en la documental citada en apoyo del motivo, sustituyendo la apreciación objetiva del Tribunal *a quo* por la suya, de carácter subjetivo y parcial, con olvido de que los invocados documentos han sido examinados y valorados en sus justos términos por aquél como resulta de la lectura del fundamento de Derecho tercero de su sentencia en que expresamente se cita la prueba de libros; por otra parte, como ya recoge la sentencia recurrida, los mentados documentos carecen de la literosuficiencia requerida para fundar en ellos este motivo casacional ya que el listado confeccionado por ordenador en el que se refleja el estado de la cuenta abierta a don José Luis M. sólo pone de manifiesto los suministros hechos a éste y su importe, pero no si fueron o no satisfechos ni la fecha ni forma en que, en su caso, se hizo el pago, lo cual sólo se desprende de la diligencia judicial de prueba de libros y de las anotaciones manuales realizadas en el listado, sin que consten los datos contables o documentales que justifiquen tales anotaciones; es decir, de tales documentos no se patentiza, sin necesidad de acudir a interpretaciones o deducciones, como las contenidas en el desarrollo del motivo al relacionar entre sí todos los documentos invocados, el error acusado.

R. de A.

RESOLUCION DEL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL: NO APLICABLE A "CONTRATO UNILATERAL".—FRUSTRACION DEL FIN DEL CONTRATO.
(SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1989.)

Como antecedentes necesarios para la resolución de este recurso de casación, han de tenerse en cuenta los siguientes: A) Doña María Dolores B.P. y don Epifanio D.F., en documento privado de fecha 25 de junio de 1985, concertaron

un contrato de opción de compra sobre un piso y plaza de garage propiedad de la primera sitios en la calle Teodora Lamadrid, 52-60, de Barcelona, estableciendo como precio de la futura compraventa el de 8.700.000 pesetas, pagaderas al contado el día del ejercicio de la opción; como prima de la opción se fijó la cantidad de 500.000 pesetas que la concedente recibió en el momento de la firma del contrato; el plazo para el ejercicio de la opción concluía el quince de noviembre de 1985. B) en 17 de agosto de 1985, doña Dolores B. comunicó, por medio de telegrama, a don Epifanio D. la rescisión unilateral del contrato de opción de compra al amparo de la cláusula VIH del mismo con devolución de la cantidad de 500.000 pesetas. C) El mismo día 17 de agosto, el señor D. remitió a la señora B. una carta por conducto notarial por la que le notificaba su voluntad de ejercitar la opción dentro del plazo concedido y que, en caso de incumplimiento por su parte, procedería judicialmente de inmediato, ejercitando la acción de cumplimiento de la obligación así como la de indemnización de daños y perjuicios. D) En 20 de agosto de 1985, don Enrique M. G., en representación de su esposa doña Dolores B., consignó notariamente para su ofrecimiento a don Epifanio D. la cantidad de quinientas mil pesetas, que no fue aceptada por este último. E) Don Epifanio D.F. formuló demanda de juicio de menor cuantía contra doña Dolores B. L. en cuyo suplico interesaba la condena de la demanda al cumplimiento del contrato de opción de compra y al otorgamiento de escritura pública de venta, subsidiariamente, que fuese condenada a satisfacerle la cantidad de un millón trescientas mil pesetas con los intereses legales desde la interposición de la demanda. F) Vendidos por escritura pública de 10 de septiembre del repetido año el piso y plaza de garage objeto del contrato de opción a un tercero, la Sala tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia que condenaba a la demandada señora B.P. a satisfacer a don Epifanio D. la cantidad de un millón trescientas mil pesetas más los intereses legales de dicha cantidad desde la interposición judicial.

El motivo primero del recurso, al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error en la apreciación de la prueba por cuanto, afirma, "lo mismo el Juez de Primera Instancia que la Sala de Apelación estiman, sin razonamiento alguno, que los gastos de depósito de muebles y de transporte de los mismos realizados por el actor ascendieron a la suma de trescientas mil pesetas que se alegaba en la demanda" y se aducen en apoyo de esta impugnación dos documentos producidos por la entidad "Trallero" y aportados por el actor con su escrito de proposición de prueba, de los que resulta que la única suma efectivamente pagada es la sesenta y una mil quinientas pesetas. El motivo ha de prosperar pues del documento "C" de los aportados por el actor con su escrito de proposición de prueba, compuesto de "carta de porte" y "factura", expedidos por la empresa "Trallero", se pone de manifiesto que la cantidad pagada por el actor en concepto de transporte y almacenaje de sus muebles asciende a 61.500 pesetas, lo que a falta de toda otra prueba sobre el montaje de dichos gastos implica la anunciada estimación del motivo examinado al haber de rectificarse en el fallo de la sentencia recurrida la suma a cuyo pago ha sido condenada la demandada, reduciéndola a la que, sin necesidad de interpretaciones ni deducciones, resulta de los invocados documentos acreditativos del error padecido por el Tribunal *a quo* y que no aparecen contradichos por otros elementos probatorios.

En el segundo motivo del recurso, por el cauce procesal del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se denuncia infracción del artículo 1.124

del Código Civil y se alega que "para que sea aplicable la condición resolutoria tácita del artículo 1.124, según constante jurisprudencia, es preciso que quien invoca dicha condición haya cumplido por su parte con la obligación propia. Y de los Autos aparece con claridad que el actor señor D. no cumplió por su parte con la obligación que le imponía el contrato para exigir el cumplimiento a la otra"; se apoya este motivo casacional en la invocación que se hace en el tercer fundamento de Derecho de la resolución combatida, del artículo 1.124 del Código Civil al decir que "ante la imposibilidad de cumplir lo pactado, puede la otra parte pedir la resolución e indemnización de los daños y perjuicios que autoriza el artículo 1.124 del Código Civil, como correctamente se decide en la sentencia impugnada". El motivo ha de decaer por cuanto la sentencia del Tribunal *a quo*, confirmatoria del fallo de la primera instancia que transcribe en sus antecedentes de hecho, en modo alguno declara resuelto el contrato de opción de compra de 25 de junio de 1985 que vinculaba a los litigantes sino que, de acuerdo con el suplico de la demanda inicial, establece una indemnización pecuniaria sustitutoria del cumplimiento del contrato instado judicialmente que, por la conducta de la hoy recurrente enajenando los bienes objeto de la opción a un tercero, devino imposible durante la tramitación del juicio; en ningún momento de la litis ha sido objeto de controversia la acción resolutoria del contrato de opción por aplicación de la llamada condición resolutoria tácita regulada en el artículo 1.124 del Código Civil, condición resolutoria tácita inaplicable al contrato de opción de compra en litigio por su naturaleza de contrato unilateral, en este caso concreto, y ello se pone de manifiesto no sólo en los términos en que quedó planteado el litigio a través de los escritos de demanda y de contestación a la misma, sino también del fallo de la sentencia del Juzgado y de su fundamentación jurídica, ambos aceptados por la sentencia ahora recurrida, y de la propia argumentación de esta última; así de la lectura conjunta de sus dos fundamentos de derecho numerados bajo el ordinal tercero se patentiza, no obstante la transcrita referencia al artículo 1.124 cuya aplicación atribuye incorrectamente al Juzgado, que la indemnización de daños y perjuicios que establece lo es con carácter subsidiario ante la imposibilidad del cumplimiento del contrato de opción solicitada por el actor en el suplico de su escrito inicial, imposibilidad sobrevenida a la interposición de la demanda y causada por la conducta de la recurrente. Es decir, demandado judicialmente el cumplimiento del contrato de opción, ante la manifestada voluntad de la optataria de no acceder a ello, es claro que era improcedente la aplicación del artículo 1.124 del Código Civil en cuanto regula la condición resolutoria tácita en las obligaciones recíprocas y, en consecuencia, tal precepto no ha podido ser infringido por la Sala sentenciadora en los términos que se dicen en el motivo examinado. Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que las cuestiones afectantes al cumplimiento o incumplimiento de los contratos son cuestiones de hecho cuya apreciación es de la exclusiva competencia de los Tribunales de instancia sólo revisable en casación por la vía del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que no atribuido por la Sala *a quo* incumplimiento alguno de las obligaciones que pesaban sobre el actor recurrido, también por esa razón, sería rechazable el motivo.

En el motivo tercero, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia infracción por la Sentencia de instancia de los artículos 1.124 y 1.454 del Código Civil y ha de ser examinado conjuntamente con el cuarto en que, por el mismo cauce procesal, se denuncia infracción del artículo 1.124 citado al haber sido aplicado a supuestos de daño emergente no probado ni acreditado siquiera indiciariamente. Además de lo dicho en el anterior

fundamento de esta resolución de la inaplicabilidad del artículo 1.124 del Código Civil para resolver la cuestión sometida a debate, ha de tenerse en cuenta la reiterada doctrina de esta Sala (SS., entre otras, de 22 abril y 21 noviembre 1983, 23 enero, 5 mayo y 25 octubre 1986 y 9 julio 1987) de que las cuestiones relativas a la indemnización de daños y perjuicio lo son de hecho y corresponde su conocimiento a los Tribunales de instancia, cuya facultad para señalar, según las circunstancias del caso el montante indemnizatorio no está sometido a la censura de la casación. De otra parte, es asimismo doctrina jurisprudencial recogida en Sentencias de 9 de mayo y 27 de junio de 1984 y 5 de junio de 1985, que la doctrina de que el sólo incumplimiento contractual no genera de suyo una obligación de indemnizar, no excluye la idea de que el incumplimiento constituya *per se* un perjuicio o daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto, las contravenciones de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias perfectamente señaladas en el artículo 1.258 del Código Civil al decir que el contrato obliga "no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley"; lo que evidencia que la falta de prestación no ha de quedar impune por constituir *in re ipsa* el propio daño o perjuicio, en cuanto frustración factiblemente valorable, sin más prueba que la propia omisión, según casos y circunstancias. Doctrina de plena aplicación al presente caso en que por la conducta de la hoy recurrente se frustró el fin perseguido con el contrato de opción de compra que resultó de imposible cumplimiento por ese actuar contrario a la buena fe que ha de presidir la actuación de los contratantes y que justifica la sanción reparadora de los daños y perjuicios acordada por la Sala de instancia, no resultando conculcados los preceptos del Código Civil citados en los motivos de examen, siendo así que al aplicar analógicamente el artículo 1.454 del Código Civil, el Tribunal *a quo* no hace sino fijar en el correcto uso de su facultad soberana, la indemnización que estima pertinente, acudiendo para el señalamiento de su cuantía al módulo que representa el citado artículo, de la misma forma que podía haber acudido a cualquier otro parámetro, sin que por esa aplicación analógica que se hace en la sentencia pueda reputarse como violado el citado artículo 1.454 del Código Civil; todo lo cual lleva a la desestimación de los motivos tercero y cuarto del recurso, sin perjuicio de las consecuencias que la acogida del primer motivo ha de tener en la fijación del *quantum* indemnizatorio.

R. de A.

ARRENDAMIENTOS URBANOS.—RETRACTO DEL INQUILINO: NO PROCEDE POR LA SOLA CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL POR PARTE DE LOS ADQUIRENTES DE LA TOTALIDAD DE LA CASA.
(SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1989.)

Para el adecuado estudio y subsiguiente resolución del presente recurso se estima imprescindible hacer sucinta, pero suficiente, relación de los antecedentes configuradores de la cuestión litigiosa, que son los siguientes: a) La casa marcada con el número veintiséis de la calle Sagasta, de Madrid, cuyo propietario fue don

José G. C., constaba, y consta, de una planta sótano y seis plantas en alta, y cada una de ésta tenía, y tiene, dos viviendas o pisos (uno a la derecha y otro a la izquierda), que venían siendo arrendados. b) Siendo propietario de dicha casa el señor G.C., mediante contrato de arrendamiento celebrado con él, Con fecha 1 de enero de 1957, don Pascual T.I. pasó a ser arrendatario del piso cuarto izquierda de la referida casa. c) En fecha que no consta en Autos, pero, desde luego, cuanto todavía era propietario de la casa el señor G. C, falleció don Pascual T.I., y su hija, doña María del Rosario T. P., por subrogación en los derechos y obligaciones de su padre en el mencionado arrendamiento, pasó a ser la arrendataria del referido piso cuarto izquierda. d) Mediante escritura pública de fecha 30 de noviembre de 1972, don José G. C. vendió la referida casa (con sus viviendas o pisos arrendados a diversas personas) a los dos matrimonios formados por don Elías P. M. y a su esposa, doña María del Carmen M. C., y por don Vibente P. M. y su esposa, doña Manuela R. D., quienes adquirieron dicha casa para sus respectivas sociedades conyugales, por mitad y *pro indiviso*, después de cuya venta doña María del Rosario T. P. continuó siendo la arrendataria del expresado piso cuarto izquierda. e) Mediante escritura pública de fecha 19 de enero de 1984, los dos matrimonios copropietarios (don Elías P. M. y su esposa, y don Vicente P. M. y la suya) constituyeron la referida casa en régimen de propiedad horizontal, estando la misma integrada por quince departamentos independientes, tres en la planta sótano y doce en las seis plantas en alto, a razón de dos en cada una de éstas (uno a la derecha y otro a la izquierda), todos cuyos quince departamentos, como fincas separadas e independientes, se los adjudicaron los dos referidos matrimonios para sus respectivas sociedades conyugales, en la misma forma y proporción anteriormente dicha, o sea, por mitad y *pro indiviso*, y doña María del Rosario T. P. continuó siendo la arrendataria del ya dicho departamento, vivienda o piso cuarto izquierda. f) Mediante escritura pública de fecha 30 de julio de 1984 los dos referidos matrimonios (don Elías y don Vicente P. M. y sus respectivas esposas) vendieron el piso tercero izquierda, del que eran copropietarios en la proporción ya dicha, a don Primitivo P. R. y doña Carlota N. A.

Por entender doña María del Rosario T. P. que, como consecuencia de las que acaban de decirse, constitución de la casa en régimen de propiedad horizontal y posterior venta del piso tercero izquierda, había nacido en favor de ella un derecho de retracto arrendaticio urbano con respecto al piso cuarto izquierda del que venía siendo arrendataria, en octubre de 1985 promovió el proceso correspondiente contra los dos matrimonios copropietarios del mismo (don Elías y don Vicente P. M. y sus respectivas esposas), en el que ejercitó la referida acción de retracto con respecto a dicho piso cuarto izquierda, siendo continuado el expresado proceso, en calidad de actora, por haber fallecido, durante la tramitación del mismo, doña María del Rosario T. P., por su hija doña María Inmaculada C. T., por afirmar ésta que era la sucesora de su madre en el arrendamiento de dicho piso. En el proceso, en grado de apelación, la Sala Tercera de lo Civil de la (entonces) Audiencia Territorial de Madrid dictó Sentencia de fecha 19 de noviembre de 1987 por la que, confirmando íntegramente la del Juez de Primera Instancia, desestimó la acción de retracto ejercitada. Contra dicha Sentencia de la Audiencia, doña María Inmaculada C.T. interpone el presente recurso de casación a través de cinco motivos, el primero de los cuales aparece articulado por el cauce procesal del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y los cuatro restantes por el del ordinal 5.º del mismo precepto.

Prescindiendo de los conceptos y consideraciones de índole jurídica que, aducidos en el motivo primero, extravasan los límites institucionales del mismo,

el cual, en cuanto formulado por el cauce del ordinal cuarto ya dicho, sólo permite la denuncia del concreto error de hecho (*quaestiofacti*) que la Sentencia impugnada pueda haber padecido al apreciar la prueba, siempre que dicho error aparezca claramente evidenciado por documentos obrantes en Autos sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, con plena abstracción de consideraciones de índole jurídica que han de quedar reservadas para los motivos adecuados para ello; la primera cuestión que nos plantea el presente recurso es la de descubrir cuál sea el concreto error de hecho que la recurrente pretende denunciar a través de este motivo, pareciendo deducirse que, dentro del confuso y anfibológico desarrollo que hace del mismo, dicha recurrente trata de poner de manifiesto, no uno, sino tres errores de hecho que, al parecer, son los siguientes: no haber la Sala de apelación considerado probado que los dos matrimonios demandados, aquí recurridos, además del piso tercero izquierda de la casa, han vendido también el sexto derecha de la misma; haber estimado producida la caducidad de la acción de retracto ejercitada, y haber considerado probado que los propietarios del piso cuarto izquierda (que es objeto del retracto aquí ejercitado) son los dos matrimonios demandados, cuando solamente lo es, dice la recurrente, el matrimonio formado por don Elias P. M. y doña María del Carmen M. C. Pese a la defectuosa formulación del motivo, al involucrar confusa y asistemáticamente en el mismo tres supuestos errores de hecho distintos, con cita indiscriminada de una serie de documentos, sin precisar concretamente cuáles son los que evidencian de forma individualizada cada uno de los errores que dice denunciar, lo que, en su momento, podría haber sido causa de la inadmisión del motivo y ahora podría serlo, sin más, de su desestimación; no obstante ello, en evitación de que el derecho fundamental que la recurrente, como cualquier otro ciudadano tiene a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de nuestra Constitución), pudiera verse afectado o disminuido como consecuencia del expresado defecto formal, aunque sólo a ella es imputable el mismo, serán tomados en consideración y examinados esos tres supuestos errores de hecho, separadamente uno de otro, como si de tres submotivos, dentro de único motivo, se tratara.

El primero de los aludidos errores de hecho parece hacerlo consistir la recurrente, como ya se ha dicho, en que la Sentencia recurrida sólo considera probado que los dos matrimonios demandados, aquí recurridos, han vendido el piso tercero izquierda de la casa, cuando, en realidad, también han vendido el sexto derecha. El motivo (o mejor, submotivo), en lo que a dicho error se refiere, ha de ser desestimado por superfluo, pues la Sentencia recurrida, sin negar que los demandados hayan vendido también el piso sexto derecha, aunque sólo afirma expresamente como vendido el tercero izquierda, lo que viene a sostener es que la venta que los demandados hayan podido hacer de uno o de varios pisos distintos del que se trata de retraer carece en absoluto de relevancia para el nacimiento de la acción de retracto con respecto a un piso (el cuarto izquierda) diferente del vendido o vendidos, por lo cual, aunque aparezca, como aparece, probado que los demandados han vendido también el piso sexto derecha, que la Sentencia no niega, aunque tampoco lo afirma, por lo que más que ante un error de hecho probatorio nos encontraríamos ante un supuesto de posible integración del *factum* por esta Sala, ello es totalmente innecesario, pues para la resolución del tema de si la venta por los demandados de algún piso de la casa (distinto del que se trata de retraer) es o no elemento determinante o constitutivo del nacimiento en favor de la actora, aquí recurrente, de la acción de retracto respecto del piso de que es arrendataria (el cuarto izquierda), lo que será examinado al

estudiar los motivos siguientes, resulta totalmente indiferente que los vendidos (distintos, se repite, del que se trata de retraer) sean uno o más de uno.

Si bien la Sentencia de primer grado, por un, tal vez, no bien entendido concepto de la congruencia, no sólo razona y resuelve la no existencia en este supuesto litigioso de derecho de retracto alguno en favor de la actora, ahora recurrente, sino también pronunciándose sobre la excepción aducida por los demandados, declara caducada la acción de retracto ejercitada cuando el primer pronunciamiento impedía o, al menos, hacía totalmente innecesario el segundo, o a la inversa, como quiera que la Sentencia de apelación, que es la aquí recurrida, aunque parece aceptar, sin más, los razonamientos del Juez acerca de la caducidad, lo que verdaderamente estudia, con detallado y profuso razonamiento, es el tema de fondo relativo a la existencia o no de derecho de retracto en favor de la actora, que resuelve en sentido negativo, parece aconsejable, según las normas de la más estricta y elemental lógica jurídica, que el estudio relativo a esa hipotética caducidad de la acción, que la recurrente somete a la censura de esta Sala a través del mismo primer motivo, con la denuncia del segundo de los ya dichos tres supuestos errores de hecho que engloba en el mismo, debe ser pospuesto, como así lo hacemos, a la resolución del punto o tema verdaderamente angular o básico sobre el que descansa toda la estructura de este supuesto litigioso, cual es el atinente a la existencia o no, en el caso que no ocupa, de derecho de retracto en favor de la actora, aquí recurrente, que igualmente se somete a la consideración de esta Sala a través de algunos de los motivos siguientes, pues si este esencial tema hubiera de ser resuelto de la misma forma negativa en que lo han hecho las contestes Sentencias de la instancia, carecería totalmente de sentido jurídico el entrar a resolver sobre si se había producido o no la caducidad de una acción que ni siquiera había nacido.

El tercero de los supuestos errores de hecho que, dentro todavía del motivo primero, la recurrente parece querer denunciar es, como ya se ha dicho, el de que el piso litigioso (cuarto izquierda) no pertenece a los dos matrimonios demandados, como entiende la Sentencia recurrida, sino solamente a don Elías P. M. y su esposa, para evidenciar cuyo error, dentro de la indiscriminada mezcla de documentos que invoca en el motivo, parece citar, al objeto indicado, los siguientes: "cinco recibos de la merced arrendaticia del piso objeto de litis, correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 1985 y enero, febrero y marzo de 1986, donde en todos ellos, firmados por el Administrador de los demandados, figura en la parte superior y con la misma impresión mecánica que el resto de los recibos don Elías P. M.", y la confesión judicial prestada por éste, en la que reconoce que "las obras realizadas en la casa las ha sufragado él, puesto de acuerdo con los vecinos, realizando él personalmente todas las gestiones al efecto". El referido motivo (mejor, submotivo), en lo referente al expresado error, ha de claudicar por su total y palmaria inconsistencia, pues, aparte de tratar de suscitar con el mismo una cuestión nueva no debatida en la litis, aparece plenamente probado en los Autos, mediante la certificación del Registro de la Propiedad, en el que consta la inscripción actualmente vigente de la escritura pública de fecha 19 de enero de 1984 por la que se constituyó la casa en régimen de propiedad horizontal, que el piso litigioso (el cuarto izquierda), como todos los demás de la casa (salvo los que posteriormente han sido vendidos: el tercero izquierda y el sexto derecha) pertenece, por mitad y *pro indiviso*, a las sociedades conyugales formadas por don Elías y don Vicente P. M. y sus respectivas esposas, sin que, como no puede ser más obvio, unos recibos de renta expedidos por el Administrador colegiado señor Silvano Carro, en cuyo encabe-

zamiento, para identificarlos y distinguirlos de los correspondientes a otras casas por él administradas, pone simplemente "Elias P. M./Sagasta, 26" o la manifestación hecha por don Elias P. M. en confesión judicial (que tampoco tiene el carácter de documento al objeto de este motivo), en el sentido de que gestionó directamente y pagó los gastos de las obras de reparación y pintura de la casa, puedan en modo alguno tener la eficacia que pretende atribuirles la recurrente para contradecir o desvirtuar la expresada titularidad dominical del piso litigioso.

El derecho de retracto arrendaticio urbano, como cualquier otro retracto legal, en cuanto atributivo de una facultad de subrogación, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar de un tercer adquiriente, presupone y exige ineludible y esencialmente, como acto constitutivo u originador de su nacimiento en favor del retrayente, la realización de un acto de transmisión onerosa (compra o dación en pago, dice el art. 1.521 CC; venta o cesión solutoria, afirma el art. 47.1 en relación con el 48.1 LAU) de la cosa (vivienda arrendada, en este caso concreto) por su propietario a un tercero, hallándose legalmente equiparada a tal forma de transmisión, a los efectos del retracto arrendaticio que nos ocupa, la adjudicación que de la vivienda arrendada, en el supuesto de que la misma perteneciera a varios copropietarios, se haga a uno de los condueños, por consecuencia de división de cosa común, según establece el párrafo tres del citado artículo 47 de la Ley Arrendaticia, salvo las excepciones que el mismo contempla y que aquí no interesan. En el presente supuesto litigioso, pese al elogiado esfuerzo dialéctico que la recurrente hace para tratar de demostrar lo contrario, no se ha producido tal acto transmisivo a título oneroso de la vivienda arrendada (piso cuarto izquierda), ni siquiera en la expresada forma analógica de adjudicación de la misma a uno de sus condueños como consecuencia de división de cosa común, pues toda la casa de la que forma parte el referido piso cuarto izquierda pertenecía, por mitad y *pro indiviso*, a las sociedades conyugales formadas por los dos matrimonios demandados, y al construir éstos después dicha casa en régimen de propiedad horizontal (que es otra forma, aunque especial, de comunidad o cotitularidad) no han hecho adjudicación concreta e individualizada del referido piso a ninguno de sus expresados condóminos, que el mismo (como todos los demás de la casa) siguió y sigue perteneciendo a las dos expresadas sociedades conyugales, en proindivisión y en la misma proporción ya dicha, por lo que no se ha producido cambio alguno, ni siquiera cuantitativo, en la titularidad dominical del repetido piso cuarto izquierda, sin que, por otra parte, el hecho de que dichos copropietarios hayan vendido después dos pisos (el tercero izquierda y el sexto derecha) distintos del que aquí se trata de retraer y respecto de los cuales, obviamente, la recurrente no era, ni es, arrendataria, pueda tener la más mínima incidencia en el nacimiento de ese hipotético e inexistente derecho de retracto que la recurrente pretende ostentar con relación al piso cuarto izquierda.

Los razonamientos que acaban de exponerse en el fundamento anterior son suficientes para producir el fenecimiento de los motivos segundo, cuarto y quinto, todos ellos con sede procesal en el número cinco del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por los que la recurrente denuncia infracción del artículo 47.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en el segundo), infracción de la doctrina de esta Sala contenida en las numerosas Sentencias que cita (en el cuarto) e infracción del artículo 3 del Código Civil en relación con la interpretación del artículo 47 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en el quinto), ya que la Sentencia recurrida, al declarar, en plena coincidencia con la de primer grado, que en este supuesto litigioso no ha nacido en favor de la actora, aquí recurrente,

derecho de retracto alguno con respecto al piso cuarto izquierda del que es arrendataria, no ha incurrido en ninguna infracción de los artículos invocados, sino que los ha interpretado y aplicado correctamente, así como tampoco de la doctrina de esta Sala contenida en las Sentencias que cita la recurrente, las cuales se refieren a supuestos distintos del aquí contemplado. La desestimación de los expresados motivos hace innecesario el estudio, que pospusimos para este momento, si era procedente, del segundo de los errores de hecho que la recurrente denunció en su motivo primero, así como también del motivo tercero, por el que, por vía del ordinal quinto, denuncia infracción del artículo 48.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, referentes los dos (aquel error de hecho y este motivo tercero), aunque desde perspectivas distintas, al mismo tema de la caducidad de la acción de retracto ejercitada, ya que, como se dijo en el fundamento de Derecho quinto, carece de todo sentido jurídico el plantearse el tema de si se ha producido o no la caducidad de una acción nonata.

R. de A.

ARBITRAJE: LIMITES DE LA DECISION ARBITRAL.—CONGRUENCIA(SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1989.)

Para una mejor comprensión del presente recurso, se sintetizan algunos de sus antecedentes: a) Naviera Astro, S.A., propietaria-armadora del buque "Manuel Yilera", otorgó contrato de fletamento, en 25 de mayo de 1970, con Unión de Siderúrgicas Asturianas, más tarde absorbida por Empresa Nacional Siderúrgica, S.A. (ENSIDESA), estableciéndose, entre otras, las siguientes cláusulas: 6.^a "Los fletadores pagarán, en concepto de fletes a los armadores, el equivalente en U.S. dólar 2.65 en su paridad actual con el oro por tonelada de P.M., al vencimiento de cada período de treinta días, contados de acuerdo con la cláusula primera de este contrato, hasta la devolución del buque a los armadores". 30. "Si como consecuencia de disposiciones oficiales de los organismos competentes o convenios colectivos posteriores a este contrato se elevasen por cualquier concepto las actuales percepciones de los Oficiales y tripulación del buque, estos aumentos se repercutirán sobre los fletadores, incrementando el tipo de alquiler establecido. También se tendrá en consideración cualquier aumento producido por circunstancias no previstas en este contrato, pero siempre que fuese de efectiva aplicación en los demás buques de la flota española que realicen tráfico similar. Sin embargo, no se podrá repercutir la posible fluctuación en alza del mercado de fletes, ya cae el tipo de flete en sí, estipulado en este contrato, se considera fijo durante su vigencia". 23. "Las cuestiones o diferencias que surjan entre las partes con motivo de la interpretación o cumplimiento de esta póliza serán sometidas a arbitraje de equidad en Madrid, de acuerdo con las normas aprobadas por la Ley de 22 de diciembre de 1953, renunciando las partes, expresamente, a otros fueros y jurisdicciones". b) Surgidas diferencias en cuanto a la interpretación y cumplimiento de la cláusula 6.^a y diferentes *addendums*(sic) firmados por las partes, Naviera Astro, S.A., después de múltiples intentos fallidos, solicita, en juicio ordinario de mayor cuantía, la formalización judicial del compromiso, con el suplico que figura en los fundamentos de hecho de esta resolución, contestando Ensidesa con la petición de que se dicte Sentencia "desestimando la demanda y absolviendo de la misma a mi mandante". c) El Juzgado

dictó Sentencia acogiendo íntegramente la pretensión actora. d) Recurre Ensidesa, pero no asiste al acto de la vista de la apelación. e) La Sala 2.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, en Sentencia de 30 de noviembre de 1987, razona que "la incongruencia del apelante impide a la Sala conocer los motivos que le impulsaron a la apelación, pero analizadas las actuaciones se advierte que el Juez ha aplicado atinadamente el derecho a los hechos del caso", por lo que desestima la apelación y confirma la Sentencia del Juzgado. f) Ensidesa interpone recurso de casación.

El motivo único se formula "por infracción de Ley y de doctrina legal concordante, al amparo del artículo 1.692, ordinal primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Por infracción del artículo 359 de la LEC impugnado en concepto de abuso en el ejercicio de la jurisdicción". Ya en el desarrollo expresa lo siguiente, que por su importancia copiamos de modo literal, con la única modificación de las erróneas fechas de las Sentencias: "La parte dispositiva de la Sentencia de Primera Instancia de 10 de enero de 1985,—confirmada en todos sus términos expresados considerandos y fallo por la de la Audiencia Territorial de 30 de noviembre de 1987— en su apartado c) establece la controversia que ha de ser objeto de consideración por el Tribunal Arbitral, en los subapartados a) y b) del citado epígrafe, resume respectivamente las diferentes posiciones sostenidas por las partes NAVIERA ASTRO y ENSIDESA, señalando respecto de esta última que "estima que la cláusula 6.^a, párrafo primero, de la Póliza de Fletamento ha sido correctamente aplicada, confirmando dicha recta aplicación del cumplimiento de los *addendums* posteriores y la percepción por NAVIERA ASTRO, sin protesta ni reserva alguna, el flete contractual, por lo que no ha lugar a liquidación adicional". Consecuentemente con las mencionadas posiciones, y en concreto con la de ENSIDESA, referenciada en el subapartado c) del epígrafe, fija la Sentencia el *dubium* de la controversia en "si procede una liquidación complementaria final del flete, habida cuenta de la paridad del dólar/oro, o si no procede tal liquidación porque con los abonos producidos como consecuencia de la cumplimentación de los sucesivos *addendums* se ha tenido en cuenta, en todo momento, la cláusula 6.^a, párrafo 1.º, de la Póliza de Fletamento". Así las cosas, entendemos —con los máximos respetos para los Tribunales de Instancia— que se ha producido un error trascendente y fundamental que incide en el fondo de la cuestión, predeterminado el laudo arbitral con grave lesión para los intereses de mi representada (porque la posición mantenida por ENSIDESA a lo largo del procedimiento es que la cláusula 6.^a, párrafo primero, de la Póliza de Fletamento fue novada a lo largo y en todos y cada uno de los *addendums* al contrato, a partir del tercero, *addendums* cumplidos puntualmente con los respectivos abonos de ENSIDESA a NAVIERA ASTRO, sin protesta ni reserva de ninguna especie, porque se fijaron en cantidades concretas y determinadas los fletes correspondientes a cada período). Es claro, por tanto, que involuntariamente —de ahí el error que denunciemos— el Juzgador de instancia entra en el fallo de la Sentencia en una cuestión de fondo, como es la vigencia o no de la cláusula, que deben resolver los árbitros, cuestión que por otra parte en la que el propio Juzgador no quiere entrar, como lo expresa en el tercer considerando a su final, en el que se dice "sin que en el presente procedimiento tenga cabida la discusión sobre la novación de la primitiva u originaria Póliza de Fletamento por los *addendums* posteriores, pues dichas cuestiones son las que deben resolverse en y con el arbitraje de equidad". La simple lectura de cuanto se lleva expuesto revela el confusiónismo del motivo sobre su pertenencia y fundamentación, que es obligación insoslayable del recurrente, cual se desprende de la simple lectura del

artículo 1.707, párrafo tercero, de la LEC, pues que, al incardinarse en el número 1.º del artículo 1.692, acusa a la Sentencia recurrida de haber incidido en "abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción", pareciendo que la recurrente se refiere a que se conoció indebidamente de algo que correspondía al Tribunal arbitral, implicando ello la validez del compromiso por sometimiento de la cuestión litigiosa al arbitraje, siendo así que en todo momento se opuso a su formalización judicial, al pedir simplemente la absolución y desestimación de la demanda, sin ningún otro aditamento o petición alternativa o subsidiaria; pero al considerar infringido el artículo 359 de la LEC, por incongruencia se está olvidando que el cauce adecuado para denunciarla es el número 3.º del artículo 1.692 y no sus números 1.º ó 5.º, según ha establecido constante y reiterada jurisprudencia (SS., por ejemplo, 14 febrero y 22 marzo, 20 abril, 30 mayo y 20 junio, todas de 1986; o 24 abril, 11 y 21 mayo, 16 junio, 16 noviembre y 12 diciembre, todas de 1987); por otra parte, no se ha vulnerado el principio de contradicción ni el derecho de defensa, pues quien hoy recurre pudo pedir en su contestación lo que estimase oportuno para la concreción del *dubio* y no lo hizo, cual se ha dicho, ni pidió aclaración sobre lo que se considerase oscuro o que se supliese cualquier omisión sobre punto discutido en el litigio, como autoriza el artículo 363 de la LEC, ni formuló tales peticiones en la apelación que interpuso, a cuya vista ni siquiera asistió, todo lo cual revela una búsqueda intencionada de retrasar la administración de justicia en lugar de colaborar a su rapidez, que no es sólo obligación de los Tribunales, sino de todos los españoles y, por supuesto, de los Abogados en ejercicio; además, no puede existir *extra petita* cuando se acoge literalmente la demanda y con ello se desestima la pretensión impugnatoria de absolución, pues aquella sólo se da cuando en el fallo se introduce algo no pedido por los litigantes y no cuando se respetan la base fáctica y los suplicos de los escritos rectores del proceso. Ahora bien, como la Sentencia tampoco está obligada a mantener un ajuste literal y riguroso a las pretensiones de las partes, debiendo resolver los problemas conexos y accesorios y aplicar el derecho pertinente, sin necesidad de sometimiento al alegado por la mismas (pueden establecerse aquellos extremos que, sin alterar la esencia de la pretensión la decidan adecuadamente guardando acatamiento a la sustancia de lo solicitado: S. 11 mayo 1989, que cita las de 14 junio 1984, 23 marzo y 9 diciembre 1985, 9 junio y 19 diciembre 1986, 1 abril y 16 julio 1987, 8 marzo y 21 abril 1988), pues lo que importa es que los fallos tengan virtualidad suficiente para dejar resueltos todos los extremos y problemas planteados, que fueron materia y objeto de debate; por ello, aclarado por el *Juzgador*, cual recoge el recurrente, que en el procedimiento de formalización *jurisdiccional* no tenía cabida discutir sobre la posible novación de la primitiva u *originaria* Póliza de Fletamento por los *addendums* posteriores, "pues dichas cuestiones son las que deben resolverse en y con el arbitraje de equidad", es llano que, con mayor razón en un arbitraje de tal clase no podría achacarse nulidad al laudo que resolviese sobre tales extremos, implícitamente sometidos a su decisión, lo que puede aclararse ahora sin que implique acogimiento del recurso (es jurisprudencia que lo que puede ser motivo de simple aclaración no puede fundamentar este extraordinario recurso).

EJECUCION DE SENTENCIA EXTRANJERA: CONDICIONES PARA LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE CASACION. (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1989).

De entre los presupuestos fácticos a destacar en el presente recurso de casación son los siguientes: 1) Por Auto de 4 de abril de 1978, la Sala Primera del Tribunal Supremo acordó dar cumplimiento a la Sentencia dictada por el Tribunal de Apelación de París, de fecha 4 de marzo de 1974, en el procedimiento promovido por la sociedad "Becco Matter y Compañía" contra don Enrique B. F. y la entidad mercantil "Chupa Chups, S.A.", por la que se condenaba a dichos demandados "al pago de 500.000 francos franceses, con los intereses del tipo legal, a partir del día de la demanda judicial, y de 125.000 francos franceses en concepto de daños y perjuicios, con el interés legal a partir de la fecha del fallo", acordándose, así mismo, comunicar la resolución a la Audiencia Territorial de Barcelona para que curse orden al Juzgado de Primera Instancia que correspondiera al domicilio de los demandados, a fin de que tenga efecto lo ordenado.

2) Ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Barcelona, al que correspondió la ejecución de la sentencia extranjera, compareció el apoderado de "Chupa-Chups" para consignar la cantidad de 10.835.754 pesetas, importe al que ascendía, según el escrito de "Becco Matter" solicitando el *exequatur*, el débito de su representada y del señor B. F., disponiéndose en providencia de 12 de diciembre de 1978, el ingreso de esa suma en la cuenta provisional de consignaciones del Juzgado.

3) En 7 de febrero de 1979, "Becco Matter" interesó del Juzgado para que requiera a la contraparte hiciese efectivos los intereses calculados al 13 por 100 desde el 1 de abril de 1977 al 12 de diciembre de 1978, ascendentes al contra valor en pesetas de 1.631.976 así como los pertinentes hasta el completo pago, ya que la consignación efectuada comprendía los devengados hasta el 1 de abril de 1977, y en virtud de ello, el apoderado de los condenados, mediante comparecencia de 23 de marzo de 1979, consignó la cantidad de 745.787'19 pesetas, manifestando que la entrega se hacía en concepto de intereses legales al 4 por 100 a tenor de la Ley española, devengados desde la solicitud de ejecución de Sentencia en el Tribunal Supremo hasta el 12 de diciembre de 1973, con referencia a 10.835.754, así como los devengados sobre aquellos intereses, desde el 13 de diciembre de 1978 hasta la fecha, con lo que quedaba cumplido en exceso el Auto de 4 de abril de 1978 y la sentencia dictada en Francia.

4) En 27 de marzo y 15 de mayo de 1979, "Becco Matter" solicitó del Juzgado se requiriese a la contraparte hiciese entrega de los intereses adeudados en la cuantía indicada en el escrito de 7 de febrero anterior, e independientemente, que el Juzgado pusiese a su disposición las cifras consignadas, siendo lo acordando en providencia de 23 de mayo, transferir a "Becco Mater" la cantidad de 11.581.541 pesetas y elevar lo actuado a esta Sala, la que, en 27 de febrero de 1980, archivó la carta-orden cumplimentada, previo pase a la Inspección del Timbre.

5) En 2 de marzo de 1981, "Becco Mater" se dirigió a esta Sala para que ordenase al Juzgado de Barcelona requerir a "Chupa Chups" y al señor B. respecto al abono de 8.341.450 pesetas, más sus intereses legales, al 14 por 100, desde la fecha indicada hasta la de su completo pago, petición que reiteró al Juzgado, en escrito de 14 de abril de 1983, al tiempo de presentarle la carta-orden a él librada por la Sala del Tribunal Supremo en 25 de mayo de 1982, por

lo que, por providencia de 29 de junio de 1984, de conformidad el artículo 958 en relación con los 921 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se accedió requerir a los condenados en los términos dichos.

6) Por escrito de 30 de agosto de 1984, "Chupa Chups" y el señor B. comparecieron en el procedimiento e interpusieron recurso de reposición contra la providencia de 29 de junio, el que, impugnada por la adversa, fue desestimado por Auto de 10 de septiembre siguiente.

7) La expresada parte, por escrito de 17 de septiembre promovió incidente de nulidad de actuaciones y de las providencias dictadas en cumplimiento de la carta-orden del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1982, e interpuso, por otrosí, recurso de apelación contra el Auto de 10 de septiembre, siendo proveído por el Juzgado, en 25 de septiembre, en el sentido de no haber lugar al mentado incidente y de admitir, en un solo efecto, el recurso de apelación.

8) La misma parte, por escrito de 2 de octubre, interpuso recurso de apelación en cuanto a la inadmisibilidad de nulidad de actuaciones, y el Juzgado, por providencia del 4 le tuvo por admitido en un solo efecto.

9) A instancia de "Becco Mater" el Juzgado, por providencia de 30 de abril de 1985, acordó proceder el embargo de bienes de los demandados-condenados en cuantía a cubrir la suma de 8391.450 pesetas, más la de 5.367.000 pesetas para intereses y costas, y para evitar su práctica, los condenados consignaron, mediante talón conformado, la cantidad de 13.758.450 pesetas, que fue ingresada en la Caja General de Depósitos, en 5 de febrero de 1986, una vez que la Sala del Tribunal Supremo rehusó hacerse cargo de la misma, dado que subsistían en el Juzgado, pendientes de resolución o apelación, las actuaciones.

10) La Audiencia de Barcelona, por Auto de 15 de abril de 1986, desestimó el recurso de apelación interpuesto por "Chupa Chups" y el señor B. contra el Auto de 10 de septiembre de 1984, confirmando dicha resolución, la cual, había sido dictada en el recurso de reposición formalizado contra la providencia de 29 de junio, que tuvo por objeto requerir a aquéllos a satisfacer a la contraparte la cantidad de 8.341.450 pesetas, con sus intereses.

11) El Juzgado, en providencia de 31 de mayo, decidió remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, significándole que la cantidad consignada se hallaba ingresada en la Caja general de Depósitos, a resultas de lo que acordase, siendo recurrida en reposición por "Becco Mater" en escrito de 5 de junio, recurso que, impugnado por el contrario, fue desestimado por Auto de 25 de junio no habiendo lugar a reponer la providencia en cuestión.

12) La Sala Primera del Tribunal Supremo, en relación con el incidente de nulidad de actuaciones promovido por "Chupa Chups" y el señor B. en 17 de septiembre de 1984, dictó Auto de 10 de julio de 1986 por el que razona la imposibilidad de acoger tal pretensión y establecía estar a lo acordado por la Sala en la providencia de 17 de junio de 1985 (a consecuencia de la cual, se devolvieron las actuaciones al juzgado y el talón bancario por importe de 13.758.450 pts.), procediendo en 20 de octubre de 1986 a librar carta-orden al Juzgado, adjuntándole la de 25 de mayo de 1982, en unión de testimonio del precitado Auto de 10 de julio, para cumplimiento de lo en él acordado.

13) En 7 de noviembre de 1986, "Becco Mater" solicitó del Juzgado que, de la suma consignada, se le hiciese pago de 13.258.450 pesetas, importe del principal y de los intereses, continuando la consignación de las restantes 500.000 pesetas, mientras no se practicara la oportuna tasación de costas, a cuya petición se opusieron "Chupa Chups" y el señor B. en escritos de 17 del mismo mes y 8 de enero de 1987, en los que interesaron, por el contrario, la devolución de la

consignación de los 13.758.450 pesetas, por haber quedado cumplimentada la carta-orden del Tribunal Supremo y ejecutada en su totalidad la sentencia francesa, en 1979; el Juzgado, a la vista de los dispares criterios existentes entre las partes respecto a la suma a recibir por la actora, en providencia de 24 de enero de 1987, estimó procedente la práctica de una pericial contable a fin de concretar "cuál sea la suma que traducida en pesetas y teniendo en cuenta el cambio oficial del franco francés en los distintos periodos, la fecha e importes de las consignaciones efectuadas por los demandados y que deban entregarse a la actora".

14) Contra la indicada providencia de 24 de enero, "Becco Mater" interpuso recurso de reposición por medio de escrito de 29 de enero, que fue impugnado por la adversa por el de fecha 5 de febrero, y por Auto del siguiente 2 de marzo, el Juzgado desestimó la impugnación, sin dar lugar a reponer la resolución, y

15) El referido Auto de 2 de marzo de 1987 fue recurrido en apelación por "Becco Mater", recurso que se admitió en ambos efectos y elevadas las actuaciones a la Sala tercera de lo Civil de la Excm. Audiencia Territorial de Barcelona, ante la que comparecieron las partes, dicha Sala, por Auto de 19 de febrero de 1988, procedió a revocar la providencia de 24 de enero de 1987 y el Auto de 2 de marzo del propio año, resolutorio de la reposición, dejando ambas resoluciones sin efecto y ordenó al Juzgado que prosiguiese la ejecución de la sentencia ejecutoria extranjera por los trámites establecidos en los artículos 921 y 1.481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estándose a lo acordado en el Auto de la misma Sala de 15 de abril de 1986, sin hacer mención de las costas en la alzada. Y es el meritado Auto de 19 de febrero en el que se recurre en casación por la sociedad "Chupa Chups" y don Enrique B.F., a través de dos motivos a tenor de los números 2.º y 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dada la naturaleza de la resolución sometida a recurso: Auto de una Audiencia Territorial resolutorio de una apelación interpuesta contra el dictado por un Juzgado de Primera Instancia en el trámite de un recurso de reposición contra proveído del mismo, recaído en ejecución de sentencia extranjera, ello determina la procedencia de estudiar con carácter previo al del fondo del recurso, la cuestión relativa a su admisibilidad, toda vez que cabe plantearla de oficio por afectar a normas procesales de contenido imperativo, y sin que al efecto suponga ningún impedimento la circunstancia de haber sido declarada, en el momento procesal oportuno, la admisión del recurso, en cuanto que es doctrina reiterada de la Sala la de: "que los motivos legales en que pueda fundarse la inadmisión de un recurso, son pertinentes, al resolver en el fondo, para desestimarlos, a pesar de su inicial admisión, pues las razones de aquélla son suficientes, de resulta demostrada su existencia, para que los recursos a que se contraen deban ser desestimados" (SS. de 17 junio 1919, 19 febrero 1921, 27 noviembre 1922, 3 enero y 5 febrero 1934, 21 febrero 1942, 14 diciembre 1946, 4 junio 1947, 14 junio 1955, 30 septiembre 1985 y 2 febrero 1986).

Siguiendo con la cuestión previa planteada, es de decir, en primer término, que la resolución inicial de la que devino el presente recurso, la providencia del Juzgado de 24 de enero de 1987, no imposibilitó la continuación de la ejecución de la sentencia de que se trataba, como tampoco lo hiciera la precedentemente inmediata del recurso, el Auto de la Audiencia de 19 de febrero de 1988, con lo cual, no concurre el elemento de "definitivo" que los artículos 1.687, 1.689 y 1.690 de la Ley Procesal configuran de esencial en punto a la admisión a trámite para la casación. Tampoco cabe incluir las citadas resoluciones entre las definidas en los números 1.º al 4.º del artículo 1.687 del Texto Procesal, ni siquiera en

las reseñadas en el número 2.º, puesto que no resuelven puntos sustanciales no controvertidos, no decididos o contrarios a lo ejecutoriado, y por la que respecta a las que se refiere el 5.º, no se encuentra en el conjunto de disposiciones reguladoras de los recursos contra las resoluciones judiciales, de la segunda instancia y de la ejecución de sentencias nacionales o extranjeras, ninguna que permite acceder a la casación en el caso que nos ocupa, y de aquí, que haya que concluir que el recurso formalizado por la sociedad "Chupa Chups" y don Enrique B. F. no debiera haberse **admitido** a trámite, por lo que en esta fase procede su conversión en causa de desestimación.

Con independencia de lo acabado de exponer, los dos motivos del recurso no puede prosperar. Así, el **primero**, porque basado en el ordinal 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, "incompetencia o inadecuación del procedimiento", alega la infracción del artículo 376, "contra las providencias de los jueces de Primera Instancia no se dará otro recurso que el de reposición", lo cual, no supone supuesto alguno de los denunciados, sino, más bien, uno de los relativos al "quebramiento" que contempla el ordinal 3.º, con lo que el recurso tenía que haberse reconducido por tal ordinal, pero es que, además, el actual recurrente al ser emplazado y comparecer ante la Audiencia en la sustanciación de la apelación contra el Auto resolviendo la reposición formulada a la providencia del Juzgado, no sólo no invocó nulidad de actuaciones o exteriorizó protesta al respecto sino que explícitamente se adhirió a la apelación sobre un punto determinado, basta ver el otrosí de su escrito de 25 de mayo.

El segundo de los motivos, al amparo del ordinal 5.º, denuncia las infracciones de los artículos 921 y 932 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por indebida aplicación y no aplicación, respectivamente, infracciones que no tienen razón de ser. La del 1.921, porque dicha norma hace referencia al supuesto de una condena al pago de cantidad líquida y determinada, contemplando, así mismo, los particulares relativos a intereses y deuda en moneda extranjera, lo que conlleva su correcta y ajustada aplicación al caso de autos, completada con la del artículo 1.481, ambos señalados en la resolución recurrida, la que, al propio tiempo, se remitió a lo acordado en Auto de 15 de abril de 1986, por consiguiente la observancia de las aludidas normas no cabe sustituirla por la del 1.932, sobre todo, cuando el supuesto que regula (condena de cantidad ilíquida) es totalmente distinto. Y la del 1.932, aparte de lo ya explicado, porque no es viable la argumentación de que permitiría oír a la parte demandada, a diferencia del 1.921, pues la aplicación de éste no impide tal oportunidad, piénsese por ejemplo, en el juego de los recursos, ello sin considerar que a lo largo de las dilatadas diligencias de ejecución, y una y otra **parte** dispusieron de sobrada oportunidad al respecto y la aprovecharon con demasía; y, tampoco es válido el razonamiento de ser necesario resolver las cuestiones acerca de la convertibilidad de la moneda extranjera en la nacional y del interés a pagar por la mora, el español o el francés, ya que esas cuestiones en nada afectarían a la liquidez de la suma objeto de condena.

R. de A.

OBLIGACION DEL COMISIONISTA: LE INCUMBE A EL LA PRUEBA DE LOS MOVIMIENTOS ECONOMICOS DE SU GESTION. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: SIGNIFICADO. (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1989.)

La sentencia recurrida, dictada por la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona en 25 de enero de 1988, revoca la del Juzgado de Primera Instancia de Tremp y, acogiendo parcialmente la demanda formulada por la cooperativa del Campo de Isona y Comarca contra los desconocidos herederos o herencia yacente de don Miguel T.B., condena a la heredera, aceptante a beneficio de inventario, doña Montserrat T.B. al pago de 6.200.141 pesetas en la forma que con más detalle se recoge en el fallo, sentando para ello, en cuanto aquí interesa: que el señor T. era el único gestor de la cooperativa hasta la campaña 1980/1981, a virtud de un contrato de comisión mercantil con mandato expreso, comprando la almendra, por cuenta de dicha cooperativa, a los socios que lo deseaban transportándola y vendiéndola principalmente en Reus y Lérida; en la campaña 80/81 la Junta Rectora acordó que todos los ingresos y pagos se efectuasen a través de una cuenta abierta en Banca Catalana, disponiéndose de los fondos mediante talones firmados, al menos, por dos de los cuatro titulares; en la siguiente campaña (81/82) cambia de nuevo el sistema, creando la cooperativa una sección de crédito, en la que tendrían los socios que abrir una cuenta corriente, para pagar por ella el precio de la almendra, siendo el señor T. el "alma" de la cooperativa, comprando, vendiendo y supervisando —sino anotando personal y directamente— toda la contabilidad de la sección, hasta que en el balance de la última campaña se detecta un déficit de 9.661.141 pesetas y, realizada una auditoría, comprobado que el tan aludido señor operaba mediante una cuenta corriente, la número 1.000.288.75, abierta en la Sucursal de Tremp de "Banca Catalana" a su propio nombre y al de su esposa, donde había ingresado 67.235.131 pesetas, procedentes de la cuenta de la sección de crédito de la cooperativa, extendido diversos cheques para pagar a los agricultores, se considera que él es quien ha de probar el destino dado a las cantidades de que disponía, pues que la cooperativa realizaba los pagos conforme a lo que él mismo indicaba, si bien no quedó probado en Autos la cantidad que había salido de dicha cuenta particular, ni el destino dado a los cheques librados contra la misma y utilizados supuestamente para pagar a agricultores que habían vendido almendras a la cooperativa, pero así lo incierto de las manifestaciones del señor T., al declarar como querellado, de que la cuenta quedaría siempre a cero, al tratarse de una puente, pues que entre el 28 de noviembre de 1981 y el 8 de noviembre de 1982 arrojó un saldo positivo de 1.839.808,50 pesetas. Por todo ello y aunque los peritos contables no pudieron pronunciarse sobre la corrección y legitimidad de las partidas, al no encontrar soporte documental, ni corresponderles, verifica la Audiencia la condena, previo descuento de los gastos de transporte (3.461.000 pts.), que, por el conjunto probatorio, estimó correspondían a la cooperativa, al ser el señor T. un comisionista que percibía un porcentaje sobre kilogramo vendido.

Conviene dejar constancia desde ahora de que es doctrina reiterada y constante de esta Sala (SS., entre otras muchas, de 14 marzo, 16 mayo, 17 y 28 septiembre, 11 y 30 octubre, 5 y 28 diciembre, todas de 1984; 22 febrero, 29 y 30 abril, 10 y 24 mayo, 13 y 17 julio, 15 octubre, 8 y 14 noviembre, todas de 1985; o las de 24 enero, 6 y 24 febrero, 8 marzo, 30 abril, 9 mayo y 6 junio 1986; 30 abril, 15 junio, 16 julio, 30 octubre, 11 y 30 noviembre 1987) que, dada la especial y

extraordinaria naturaleza del recurso de casación, no puede basarse en argumentos que desconozcan los hechos establecidos por la sentencia de instancia, si no han sido desvirtuados en forma adecuada y combatidos con éxito, lo que implica que el error de hecho en la apreciación de la prueba ha de ampararse en el número 4.º del artículo 1.692 de la LEC, con designación del documento obrante en Autos que lo demuestre, y el de Derecho en el número 5.º del propio precepto, citando la norma valorativa de prueba que se considera infringida.

El primer motivo se formula al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la LEC y denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 1.900 del Código Civil, al partir la sentencia recurrida de que la carga de la prueba le correspondía de forma absoluta a la hoy recurrente, cumpliendo el actor con acreditar el trasvase a la cuenta corriente del demandado de los 67.235.131 pesetas. Sin entrar en la discusión científica sobre la teoría del cuasi contrato, ni en el análisis que de su concepto contiene el Código Civil, el pago o cobro de lo indebido (diferente enfoque de un mismo hecho jurídico), requiere la existencia de dos personas diferentes, la que paga y la que recibe sin que exista razón jurídica para ello; pero olvida el recurrente que la Sala de Instancia parte de la existencia de los contratos de comisión mercantil y mandato expreso entre la cooperativa y el señor T., realizándose las liquidaciones a los vendedores siguiendo sus instrucciones verbales, que era irregular la utilización de una cuenta corriente particular (a nombre del señor T. y esposa) e incierto que la misma funcionase como cuenta puente que quedase siempre a cero, de donde resulta la improcedencia de aplicar el concepto de cuasi contrato, la obligación de rendir cuentas y la inexistencia de dos personas, la que entrega y la que recibe, ya que todo procedía de la sola voluntad del señor T., extremo que legitimó la apertura de actuaciones penales para depurar su conducta, sin que quedase justificado en Autos el destino que tuvieron los cheques librados contra la cuenta particular "utilizados supuestamente para pagar a agricultores que vendieron almendras a la Cooperativa", prueba que tenía que tener a su disposición el señor T., pero que no aportó, con independencia de que la cooperativa llevase mal su contabilidad, extremo igualmente cierto y que puede infringir el artículo 40 de la Ley 52/74, de 19 de diciembre, desarrollado por el artículo 70 del Real Decreto 2.710/78, de 16 de diciembre, reguladores del Régimen Jurídico de las cooperativas (cual se denuncia en el segundo motivo), pero que no puede modificar el acertado criterio de la Audiencia al exigir la prueba a quien tiene la obligación de rendir cuentas como gestor, comisionista y mandatario y que, en un orden natural de las cosas, debe tenerla a su alcance, porque lo que tampoco se ha acreditado en modo alguno, aunque de ello quiera partir la recurrente, contradiciendo la apreciación del órgano jurisdiccional, es de que se acordó el pago a través de esa cuenta particular a aquellos agricultores que no quisieran abrir otra a su nombre en la sección de créditos de la cooperativa, y que se convino que el señor T. les adelantase el importe, todo lo cual hace decaer ambos motivos, al no ser de aplicación al caso los preceptos que se considera infringidos.

El motivo tercero, al amparo del número 5.º del artículo 1.691 de la LEC, insiste prácticamente en lo mismo, pues considera infringidos los artículos 1.242 y 1.243 del Código Civil, consignando que la sentencia impugnada parte, como hechos probados, de que el señor T. "anotaba personal y directamente la contabilidad de la cooperativa en relación con sus operaciones (fundamento de Derecho 2.º), que este señor era el único que conocía a quién correspondían los adeudos ya que la cooperativa se limitaba a realizar el pago en cumplimiento de lo indicado por él (fundamento de Derecho 3.º) y que las liquidaciones se efec-

tuaban siguiendo instrucciones verbales del T. (fundamento de Derecho 5.º)", entendiendo el recurrente que tales hechos se sientan de modo exclusivo sobre la base de lo manifestado por los contables de la cooperativa a los peritos que emitieron sus informes en el pleito. Nuevamente hay que recordar que se infringe la técnica casacional, pues la Sala de Instancia, cual se ha venido exponiendo, valora muchas otras circunstancias que resultaría ocioso repetir y también es doctrina de este Tribunal Supremo que ninguno de dichos preceptos, ni el artículo 632 de la LEC, tienen el carácter de normas valorativas de prueba a efectos de casación para acreditar error de derecho, pues la prueba pericial es de libre apreciación por el Juez, sin que le vincule el informe del perito (SS., p. ej., de 9 octubre 1981, 19 octubre 1982 ó 13 mayo 1983), siendo la función de éste de mero auxiliar, ilustradora sobre las dichas circunstancias del caso, pero sin fuerza vinculante (S. de 30 marzo 1984), lo que hace decaer no sólo este motivo, que no ataca los hechos en forma adecuadas, sino también el siguiente, que, con idéntico amparo procesal, estima infringido el artículo 1.253 por exigirse prueba al demandado, cuando es lo cierto que así lo aconsejan las relaciones jurídicas existentes entre las partes, su obligación de rendir cuentas, la anómala utilización de la cuenta corriente con titularidad del matrimonio, el no saberse a qué agricultores se pagó a través de la misma, y tener la disposición de tal prueba el demandado, quien, no obstante, no lo aportó; en definitiva, lo que se intenta es un nuevo examen de la totalidad del pleito y una nueva valoración, incluidas las presunciones que ahora quiere utilizar el recurrente, haciendo supuesto de la cuestión por partir de hechos diferentes.

Igual resultado desestimatorio ha de alcanzar el motivo último, al considerar violado el artículo 24 de la Constitución, establecedor de la tutela judicial efectiva, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión, porque el mandato, cual se viene diciendo con harta frecuencia, hace relación a un juicio contradictorio, en que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses legítimos, utilizar la prueba pertinente y obtener una sentencia razonada, como ha ocurrido en ambas instancias, pero no a una sentencia favorable, pues siempre ha de desestimarse la pretensión de uno de los contendientes, al ser sus posiciones jurídicas contrapuestas. El no entenderlo así implica considerar la casación como una tercera instancia, cosa que en modo alguno es, aunque se haya suavizado el rigor formalista anterior, cual se deduce de la simple exposición de motivos de la Ley 34/84, reformadora de la de Enjuiciamiento Civil; y esto, claro es, sin perjuicio de que la recurrente pueda acudir al amparo que anuncia.

R. de A.

ASOCIACION DE CUENTAS EN PARTICULAR: RENDICION DE CUENTAS.—NO ES SOCIEDAD DEL TERCERO CON EL PARTICIPE. (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1989.)

Para la mejor comprensión de las razones, motivos y consecuencias del presente recurso, se hace preciso señalar los que constituyen sus presupuestos de hecho, bien al estar admitidos por ambas partes contendientes bien porque su **manifestación fáctica** los hace irrefutables. Tales **fundamentos** son los siguientes, conforme se declara en la sentencia impugnada, al admitir los marcados por el Juzgador de Instancia: 1) "Que con fecha 1 de abril de 1972, entre don José M. F.

y don Meyer M.B. se celebró un contrato de cuenta en participación, para la adquisición, manipulación, comercialización y venta de tripa de cordero cabrío"; 2) "Que la aportación del señor M. B., aparte de su gestión personal al negocio, al igual que la del señor M.F., era de un 50 por 100, comprometiéndose este último a facilitar la industria para su manipulación y comercialización y venta-estipulación"; 3) "Que con fecha 20 de marzo de 1972 y por tanto anterior al contrato antes indicado señor M. B. y con Ramón F. suscribieron un contrato para la explotación y desarrollo de venta de tripa de cordero cabrío, que giraría bajo la denominación de Tripasur, y en virtud del cual el señor M.B. se comprometía una vez que celebrare contrato con el señor M. F. (lo que tuvo lugar el 1 de abril de 1972, cláusula adicional) a ceder a favor del señor F. un 50 por 100 de la parte que al mismo correspondía —estipulación 2.ª—"; 4) "Que con arreglo al párrafo 2.º de la estipulación 4.ª del contrato de fecha 1 de abril de 1972, debería realizarse con una periodicidad trimestral o inferior, si ambas partes lo consideraban oportuno, un balance detallado, especificándose en el mismo las pérdidas o ganancias"; 5) "Que el contrato celebrado entre el señor M.F. y el señor M.B., fue denunciado en 13 de enero de 1976".

Entrando en el estudio de las cinco motivaciones que integran este recurso, ha de comenzarse diciendo que las mismas se descomponen casacionalmente hablando en dos grupos: el de la primera, que se construye sobre el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos y las cuatro restantes que lo están al amparo del número 5.º de dicho precepto, girando en realidad las cinco sobre lo que constituye el tema esencial de la litis: el de la relación que pueda existir entre el contrato celebrado entre el difunto don José M. F. y el actor y hoy recurrente don Meyer M.B. el 1 de abril de 1972, al que se ha hecho referencia en el apartado 1) del precedente fundamento y el que previamente a éste, o sea, el 20 de marzo de 1972, habían celebrado los dos actores y hoy recurrentes, el citado señor M. B. y don Salomón F. C.

Así centrado el tema, se entra en el examen de la primera motivación, que cual se ha indicado se ampara en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, "... pues la sentencia recurrida ha incurrido en error, al apreciar la prueba, el que resultase del contrato de 1 de abril de 1972, con su cláusula adicional de igual fecha y la de 25 de septiembre de 1972, por la que uno de los contratantes, cede a un tercero con el *conocimiento y asentimiento del otro*, el 80 por 100 de sus derechos, quedando este tercero incorporado al contrato inicial, con igualdad de derechos y obligaciones del socio cedente. Al no reconocerlo así, la sentencia recurrida, ha incurrido en el error denunciado, el que evidencia la equivocación del juzgador de instancia, no estando contradicha por otros medios probatorios..."

El motivo es de imposible estimación, dado que lo en él expuesto y por ello lo que a través del mismo se está haciendo, no es denunciar un error en la apreciación de la prueba y sí una discrepancia exegética respecto de los contratos que en él se indican y han quedado expuestos en el primero de estos fundamentos; entre lo declarado por el Tribunal *a quo* y la interpretación que los recurrentes ofrecen, olvidando con ello que como es doctrina constante de esta Sala, en materia de interpretación contractual predomina la realizada por el Juzgador a menos que se acredite su ilogicidad, que sea contradictoria o que vulnere un precepto legal, lo que aquí no sucede, máxime si se tiene en cuenta que del estudio de dicha sentencia resulta que la Sala *a quo* ha estudiado detenidamente los dos contratos juntamente con el resto de las pruebas, las cuales ha apreciado

conforme a las reglas de la sana crítica, y por lo tanto, lo que se está realizando en el presente motivo es algo proscrito en casación: supuesto de la cuestión.

Las restantes motivaciones —segunda a quinta— que van a ser objeto de estudio conjunto dada su razón de ser, todas, cual ha quedado dicho, ubicadas en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denuncian las siguientes infracciones: *la segunda*, la inaplicación del artículo 1.281 del Código Civil; *la tercera*, la inaplicación de los artículos 1.254 en relación con los 1.255, 1.257, 1.258 y 1.278 del mismo Cuerpo legal; *la cuarta*; la inaplicación del artículo 1.256 de dicho Texto sustantivo y *la quinta*, la no aplicación del artículo 1.229 en relación con el 1.526 y 1.528 de referido Código y la jurisprudencia que cita a tenor de la cual, "cualquiera de los contratantes puede hacerse sustituir, total o parcialmente en las relaciones de un contrato sinalagmático con tal de que la otra parte lo acepte".

Ninguna de estas motivaciones es de aceptación casacional, por cuanto: a) El hecho de que en la interpretación de los contratos deban tenerse en cuenta, según doctrina de esta Sala, dos fases o momentos que si bien íntimamente ligados son distintos: la que pudiera llamarse fase previa en la cual se fijan los hechos; y aquella que consiste en aplicar a éstos lo prevenido en los artículos 1.280 y siguientes del Código Civil, ha conducido a que sentados aquéllos el Tribunal sentenciador con la mirada puesta en los mismos, haya hecho uso de la tesis que a través de estas cuatro motivaciones se pretende defender, convierte en una logomaquia la tesis del recurrente que pugna con la jurídicamente adecuada que suministra el Tribunal *a quo* puesto que como en el tercer considerando de la impugnada sentencia se declara: "... al no haber tenido ninguna intervención el causante de los demandados en el contrato celebrado entre ambos demandantes, limitándose, como consta en la cláusula añadida al contrato aportado a los folios 5 y 6, a consentir que en la parte del señor M. B. participara también el señor F., era a aquél, y no a éste, al único a quien estaba obligado a rendir cuentas..."; b) A su vez y en cuanto a lo también alegado en estas motivaciones —concretamente en la 5.ª— respecto a la infracción del artículo 1.229 en relación con los 1.526 y 1.527 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial que señala, en orden a la posibilidad de admitir la sustitución de cualesquiera de los contratantes, es de señalar qué de ello no es de admitir en este caso por cuanto como se señala en el mismo considerando de la sentencia impugnada; "... lo aquí presentado no es que el primitivo contratante —Sr. M. B.— sustituyera en sus derechos al señor F., sino, antes bien, que, subsistiendo en su integridad la relación contractual existente entre aquél y el causante de los demandados, celebró por su parte un nuevo contrato con el último, interesándole en los negocios que, por su parte, iba a celebrar con dicho causante, consistiéndose por este último, no una cesión de los derechos de la persona con quien contrataba, sino esa asociación celebrada entre los dos actores, a la cual era extraño, y como aparece de un lado, del hecho indudable de que, si la voluntad de las partes hubiera sido que el contrato se perfeccionara, no exclusivamente entre los señores M. F. y M. B., sino entre ambos y, además, el señor F., así se hubiera convenido, sin necesidad de acudir a esa cláusula posterior, máxime teniendo en cuenta que el contrato M. F. y, de otro, de haber querido que ese contrato de cuentas en participación o de sociedad mercantil irregular se celebrara entre los tres, y no entre los dos primeros... se hubiere hecho constar claramente la participación de cada uno de los demandantes..."

R. de A.

VICIOS OCULTOS: NO LO CONSTITUYEN LAS MODIFICACIONES DEL REGIMEN URBANISTICO DE LAS FINCAS ESTABLECIDAS DESPUES DE LA VENTA. (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1989.)

Elementos fácticos esenciales del presente recurso fueron el contrato privado de compraventa y el acta notarial de depósito de determinadas letras de cambio, ambos de fecha 9 de julio de 1970. En el primero intervinieron, de una parte, don Francisco P. C. y don Nicasio P. G., que actuaron, de modo respectivo, en nombre y representación de la entidad mercantil "S.A. Nicasio Pérez", como Consejero Delegado, y como Director Gerente de la misma y, además, en su propio nombre y derecho como fiador solidario, y de otra, don Max M.B., don Juan A. F., don Rafael P. E., don Lázaro R. E. y la entidad "Setrisa, S.A.", actuando el señor M., en nombre y representación de la también entidad "Financiera Centauro, S.A." y en el suyo propio, como fiador solidario de las obligaciones asumidas por ella, y los restantes, en su calidad de socios integrantes de dicha entidad y como fiadores solidarios, teniendo el contrato por objeto la transmisión de dos fincas o solares situados en Madrid y ubicados frente a la calle Boix y Morer, descritas como parcelas 3 y 4, pertenecientes a "S.A. Nicasio Pérez", y su adquisición por "Financiera Centauro, S.A." o quien de ella trajera causa, y conviniéndose el abono de parte del precio en forma aplazada, quedando documentado en letras de cambio. Y el segundo, el acta de depósito número 1.718 se extendió por el Notario de Madrid, don Francisco Lucas Fernández, ante el que comparecieron don Francisco P. C. y don Max M. B., que actuaron en las representaciones ya indicadas, para hacer entrega de veintiseis letras de cambio, con vencimiento en blanco a establecer, en su día, conforme a las condiciones del depósito, libradas por "S.A. Nicasio Pérez" y aceptadas por "Financiera Centauro, S.A.", avaladas, asimismo, por el representante legal de "SETRISA, S.A." y los señores R.E., A.F., P.E. y M. B., encontrándose, entre ellas, las relacionadas así: 1) clase 1.^a, número 70.198, por importe de 2.500.000 pesetas; 12) clase 1.^a, número 70.209, por 6.538.344 pesetas; 13) clase 1.^a, número 70.210, por 6.538.344, 14) clase 8.^a, número 2.524.999, por 40.625 pesetas; y 26) clase 1.^a, número 070.214, por 1.912.465 pesetas. Para dar cumplimiento a la precitada acta de depósito se extendió por el mismo Notario, otra con número 241 en 29 de enero de 1971 a instancia, también, de los señores P.C. y M.B., en la que se hizo constar, entre diversas manifestaciones: que se hace entrega al señor P.C., para ser recibidas por la sociedad que representa, las letras señaladas con los números 2 al 10 y 15 al 25; que quedaban aún en poder del Notario, las reseñadas bajo los números 1 y 14 y 13 y 26, para su entrega, según proceda, una vez cumplidas las condiciones sexta y séptima del acta 1.718; y que se ha constituido un nuevo depósito con las cambiales señaladas con los números 11 y 12, en las condiciones figuradas en el apartado séptimo del acta 241, y por lo que respecta a la número 12, por acta notarial número 920, de 27 de marzo de 1972, resultó acreditada su entrega al señor P. C. y recepción por la sociedad que representa.

En el juicio declarativo de mayor cuantía promovido por la compañía "S.A. Nicasio Pérez" contra "Financiera Centauro, S.A.", "Inmobiliaria Alderaban, S.A.", "SETRISA, S.A." y los señores M. B., A. F., P. E. y R. E., y seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 18 de Madrid, por Sentencia de 13 de marzo de 1985 se estimó parcialmente la demanda, condenándose a los demandados a abonar conjunta y solidariamente a la parte actora la suma de 2.775.829 pesetas, más intereses legales, absolviendo a la parte demandada del resto de los pedimentos

instados en su contra, sin hacer imposición de las costas. En el trámite de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la anterior resolución, la Sala primera de lo Civil de la Excelentísima Audiencia Territorial de Madrid, por la suya de 30 de septiembre de 1987, con desestimación del formalizado por los demandados y estimación parcial del de la actora, confirmó en todos sus extremos la sentencia impugnada y la completó en el sentido de condenar a los demandados a que abonen a la sociedad actora los intereses correspondientes a la cantidad de 2.775.829 pesetas desde la fecha de la dictada en primera instancia, de acuerdo con las bases sentadas en el fundamento de Derecho séptimo y para lo cual, en fase de ejecución se actuará lo procedente, sin declaración expresa respecto de las costas del recurso de la sociedad actora, y con imposición de las ocasionadas por la interposición del suyo a los demandados. Y es esta segunda sentencia la que se recurre en casación por la compañía "Inmobiliaria Aldebaran, S.A.", a través de dos motivos amparados en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El primer motivo del recurso se acoge, como se decía, al ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal para alegar la infracción de los artículos 1.484, 1.485 y 1.486 del Código Civil, en relación con los 1.091, 1.256 y 1.285 del mismo texto legal. Dicho motivo hace referencia a las letras de cambio reseñadas con los números 13 y 26 en el acta notarial de depósito de 9 de julio de 1970, por importes respectivos de 6.538.344 y 1.912.465 pesetas, las que, a tenor de las estipulaciones 11 a 15, ambas inclusive, del contrato de compraventa de la fecha expresada, venían a garantizar, en síntesis, la inscripción registral del exceso de cabida de las fincas transmitidas, la edificabilidad de las mismas en 23.407 metros cuadrados sobre rasante y la regularización a practicar en orden a la compensación que resulte entre el precio establecido en el contrato y la superficie edificable sobre rasante que se otorgase en las licencias municipales. El recurrente considera cumplido el particular relativo a la inscripción, no así, los otros dos, toda vez que la edificabilidad concedida fue inferior a la convenida y se promovieron procedimientos judiciales que desembocaron en la declaración de nulidad de la licencia de obras del edificio número 7 de la calle Boix y Morer y en la anulación del Plan Parcial de ordenación de la manzana formada por las calles Cea Bermúdez, Vallehermoso, Islas Filipinas y Boix y Morer, girando en torno a tales presupuestos la argumentación del motivo y la denuncia de los supuestos preceptos infringidos. La inviabilidad del motivo deviene de la imposibilidad de encajar o incluir los presupuestos antedichos dentro del concepto de vicio o defecto oculto que determina la aplicación del artículo 1.484 y sus posteriores correlativos, cosa que es impensable desde el punto de vista de significación etimológica, pues ni la menor edificabilidad concedida/ni las incidencias surgidas sobre la licencia de obras y plan de ordenación, permiten su configuración cual vicio interno del objeto vendido, al que están ineludiblemente ligados los supuestos de impropiedad para el uso o disminución del mismo, máxime, cuando aquellas circunstancias acaecieron con posterioridad a la contratación y fueron ajenas a la naturaleza física de las fincas vendidas. Por otro lado, el análisis de las estipulaciones 2.ª y 15 del contrato revelan que la superficie edificable a que se alude, 23.407 metros cuadrados, no fue estimada como mínima o invariable sino "a resultas de la edificabilidad que se autorice" y, por eso, se convino la regularización del precio, por el juego proporcional entre la definitiva edificación otorgada en las licencias y el precio estipulado de 3.960 pesetas, el metro cuadrado edificable, bases éstas de la regularización que fueron a las que se atuvo el Juzgador de instancia en el tercer considerando de su sentencia, en aras de una

interpretación correcta y acorde con las cláusulas del contrato, y cuya solución se encontraba en línea, precisamente, con las disposiciones de los artículos 1.471 y 1.486 del Código; y por lo que respecta a los procedimientos a que se hizo mención, no es dable olvidar que la entidad "S.A. Nicasio Pérez", actora-recurrida, no fue parte en ellos, por lo que sus efectos y consecuencias no cabe proyectarlas, directa e inmediatamente, a la validez y eficacia del contrato de 9 de julio de 1970, pero es que además, excederían de las previsiones estipuladas, y de aquí, que las consideraciones que anteceden vengan a reafirmar la *inviabilidad* de este primer motivo.

El segundo de los motivos, último formulado, se acoge, así mismo, al ordinal 5.º para invocar infracción de los artículos 1.214, 1.281 y 1.285 del Código Civil, y se encuentra en íntima conexión con el precedente en cuanto que se refiere a la letra número 26, representativa de los intereses por aplazamiento del pago de la cambial de que depende, la de número 13, lo que conlleva, consiguientemente, que deba correr la misma suerte que el primero, su desestimación, haciendo innecesario, en realidad, ningún otro razonamiento. No obstante lo acabado de decir, el fracaso del motivo deriva, además, de la fundamentación fáctica incorrecta del recurrente, reproduciendo en este punto la que adoptó el Juzgado en el cuarto considerando de su sentencia, puesto que vincula la cambial número 26 al particular concerniente al pago de la plusvalía, postura que, como acertadamente señaló la Audiencia en el séptimo fundamento de la sentencia, no es defendible, toda vez que el análisis de las estipulaciones 4.ª, 5.ª, 7.ª, 9.ª, 10, 11, 12 y 15 del contrato de compraventa suscrito entre las partes, así como el de las condiciones del acta de depósito con igual fecha a la del contrato, no permiten condicionar la letra 26 al abono del mentado arbitrio, y, por el contrario, la lectura de tales cláusulas, cuyos términos son tan claros que no dejan duda sobre la intencionalidad de su contenido, evidencia que la repetida letra se encontraba supeditada respecto a su eficacia y evolución a la de número 13, todo lo cual, conduce a la conclusión sentada al principio: el fracaso del motivo, al no existir por el Tribunal *a quo* vulneración de los artículos denunciados en el recurso.

R. de A.

SOCIEDAD LIMITADA: APORTACION DE CAPITAL NO ACREDITADA.—CARACTER DEL RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1989.)

Al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se articula el primer motivo del recurso "por haber incidido la sentencia recurrida en error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión judicial con infracción por violación en su aspecto negativo, por inaplicación del párrafo primero del artículo 1.232 del Código Civil", error consistente en la afirmación de la sentencia de instancia de que "de las pruebas practicadas se deduce precisamente que la sociedad no ha recibido aportaciones reales a lo largo del tiempo", poniéndose de manifiesto tal error por las contestaciones afirmativas dadas por el representante legal de la sociedad demandada al absolver la primera y segunda de las posiciones formuladas. De la escueta fundamentación de la sentencia aquí recurrida y de la que sirve de apoyo al fallo de Primera Instancia, acogida por el Tribunal *a quo*, no resulta haber sido conculcado el párrafo primero del artículo

1.232 del Código Civil, expresivo de que "la confesión hace prueba contra su autor" puesto que los hechos reconocidos por la demandada al contestar a las posiciones primera y segunda se refieren a la efectiva aportación del capital social en el momento de la constitución de la sociedad y al llevarse a efecto la primera ampliación de aquél, pero no contienen reconocimiento alguno sobre la real y efectiva aportación del capital reflejada en la ampliación realizada en veintidós de diciembre de 1982 y es de tener en cuenta que en el segundo de los fundamentos de Derecho de la sentencia del Juzgado, aceptado por la de apelación, se dice que "las aportaciones anteriores siguen en la sociedad al menos nominalmente", en concordancia con lo confesado por la demandada al absolver las repetidas posiciones; del desarrollo del motivo surge que lo en realidad pretendido es sustituir la valoración probatoria de la Sala por la propia del recurrente tratando de deducir de la existencia de esas aportaciones iniciales otras posteriores que la sentencia recurrida no estima probadas e impugnando las conclusiones del informe pericial practicado en autos; por todo ello, debe rechazarse este primer motivo del recurso.

El segundo motivo se interpone por la vía del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, "en cuanto la sentencia recurrida ha incidido en error de hecho, conforme resulta de los documentos obrantes a los folios 112, 122 a 127, 129 a 130; 132 a 135, que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios". En primer lugar ha de señalarse que en el primer párrafo del desarrollo del motivo se atribuyen a la sentencia de instancia unas conclusiones fácticas no contenidas en la misma y que son las que se tratan de impugnar a través de una parcial valoración de gran parte de la prueba documental obrante en los autos puestas en relación con el informe pericial emitido a petición de la parte demandada, con olvido de la reiterada doctrina de esta Sala —SS., entre otras, de 17 y 21 junio 1986, 26 junio 1987 y 25 enero 1988— de que "por mucho que sea la flexibilidad que después de la Reforma de 6 de agosto de 1984 haya introducido el apartado 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el vigor formal de la casación, no puede llegarse a que en este recurso extraordinario el Tribunal reconsidere determinados elementos de convicción obrantes en el proceso y en la instancia ya ponderados para, con una nueva interpretación de los mismos, injustificado por no haber incurrido en ilegalidad o notoria falta de lógica la sentencia de instancia, sentar conclusiones fácticas contrarias a las de la sentencia recurrida y acomodadas a la tesis de la parte recurrente que interesadamente hace aquella invocación de nueva exégesis parcial", exégesis parcial que, en el presente caso, se dirige a combatir el informe pericial citado y ello aduciendo una serie de documentos carentes de la exigida literosuficiencia bastante para demostrar el error atribuido al Juzgador de instancia pues afirmando por la sentencia combatida que "don Gregorio E. C. ha recibido todos su derechos en la sociedad particular que tenía formada con su padre, don Higinio E. S., y su hermano don Pablo E. C. percibiendo su último cobro de finiquito el 14 de junio de 1984", tal afirmación fáctica, fundamentadora del fallo, no resulta desvirtuada ni contradicha por los documentos citados en apoyo del motivo, contradicción que el recurrente pretende deducir de los mismos a través de una serie de deducciones, interpretaciones e hipótesis que obtiene de su confrontación con el repetido informe pericial; razones que conducen a la desestimación del motivo.

R. de A.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

ACCESO A LA PROPIEDAD.—PROCEDE SU ADMISION, YA QUE NO SE DEMUESTRA QUE LAS FINCAS TENGAN UN VALOR SUPERIOR AL DOBLE DEL QUE CORRESPONDE A LAS DE SU MISMA CALIDAD Y CULTIVO EN LA ZONA, SIN QUE BASTE QUE DOS DE ELLAS PUEDAN SUPERAR ESE VALOR, YA QUE SE TRATA DE FINCAS QUE CONSTITUYEN UNA UNIDAD CONFIGURADA POR TODAS LAS QUE LA INTEGRAN (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1988.)

Tanto el Juzgado número 2 de Oviedo como la Audiencia desestimaron la demanda.

Tiene éxito el recurso de casación. El informe pericial demuestra que en la zona donde radican las fincas no hay instalaciones turísticas ni industriales, así como tampoco se trata de zonas montañosas atractivas, es decir, que se trata de zona rural, y las circunstancias especiales como la cercanía a Oviedo o las buenas comunicaciones son comunes a toda la zona central de la provincia, es decir, que el valor es meramente agrícola, lo que excluye la posibilidad de no aplicación de la LAR por no tener un valor en venta superior al doble del precio que corresponde normalmente a las de su misma calidad y cultivo. Siendo las circunstancias que pudieran determinar un mayor atractivo comunes a toda la zona central de la provincia de Oviedo y no privativas de este caserío, no se dan las razones para excluir la aplicación de la norma arrendaticia, pues no basta que dos de las fincas pudieran tener un valor superior, ya que el vínculo arrendaticio comprende varias fincas que constituyen una unidad configurada por todos los que la integran. Siendo el arrendamiento anterior al Código Civil, tiene la actual arrendataria facultad de acceder a la propiedad, conforme el artículo 98 de la LAR. Aunque la arrendataria tiene más de sesenta años, ella, con ayuda de sus hijos y nietos que conviven con ella, cultiva las fincas, teniendo la cualidad de profesional de la agricultura, conforme al artículo 16 LAR, ya que no se evidencia que tenga otra profesión que no sea la agricultura, sin que tampoco obste a ello su cualidad de pensionista, conforme a los mismos preceptos arrendaticios.

DESAHUCIO.—SI SE HAN CONSIGNADO EFECTIVAMENTE LAS RENTAS DEBIDAS ANTES DEL AUTO QUE RESUELVE LA APELACION, PARECE EXCESIVO HACER UNA INTERPRETACION LITERAL DEL PRECEPTO QUE EXIGE LA CONSIGNACION DE LAS MISMAS AL TIEMPO DE INTERPONERSE EL RECURSO. (SENTENCIA DE 6 JUNIO DE 1988.)

El Juzgado de Antequera admite la demanda por extinción de plazo contractual, confirmándolo la Audiencia.

Prospera la casación. La Audiencia entiende que al interponerse el recurso de casación no se acredita por el recurrente estar al corriente en el pago de las rentas, sin que tal omisión deba entenderse subsanada con la presentación posterior, después de vencido el plazo para recurrir, de una certificación expresiva de que se habían consignado las rentas del año corriente. Es doctrina de esta Sala que es natural que se exija el pago de las rentas, pero si consta al Juzgador que dicho abono ha tenido lugar, parece excesivo el someterse a una interpretación literal cuando no existe abuso. Al tiempo de dictarse el auto recurrido, ya constaba la consignación de las rentas hechas por los recurrentes, por lo que ya no había perjuicio económico para el arrendador, que es lo que trata de evitar dicho precepto. Se produce un perjuicio procesal al impedir el acceso al recurso de apelación contra la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales de que nos habla el artículo 24 de la Constitución española que, recogido en el artículo 113 LOPJ, se traduce en la inadmisión de motivos formales subsanables. En consecuencia, procede tener por admitido el recurso de apelación, reponiendo las actuaciones al estado anterior al auto.

EXTINCION DE APARCERIA.—SEGUN LA COSTUMBRE DE LA ZONA, EL AÑO AGRICOLA TERMINA EL 30 DE JULIO Y NO AL FINALIZAR EL AÑO NATURAL. (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1988.)

El Juzgado de Berja y la Audiencia de Granada declararon resuelto el contrato.

No triunfa la casación. El contrato era de aparcería para cultivo de hortalizas en invernadero entre los propietarios cedentes del terreno y el aparcero cultivador, ya que al tratarse de un contrato verbal, sin concretar el plazo de duración, se aplicó el artículo 109 LAR,teniéndolo como extinguido por el transcurso de un ciclo o rotación de cultivo, teniendo en cuenta el informe de la Cámara Local Agraria que indica que el año agrícola termina el 30 de julio generalmente en la zona, por lo que mediante el documento indicado el Tribunal se informó de una costumbre, siguiendo las pautas del régimen del contrato que establece la LAR en su artículo 106 y la interpreta según su naturaleza, haciendo prevalecer la fecha de extinción del ciclo sobre el año natural, de forma razonable, ya que desde el comienzo hasta el 30 de julio existían posibilidades de desarrollo de aquellas labores agrícolas que conducen a la obtención de la cosecha, sin que se demuestre que en el contrato se contemplaron otras cosechas que hubieran podido producirse de julio a enero. Por tanto, debe entenderse concluido el contrato por expiración del plazo contractual, conforme al artículo 117 en relación con el artículo 109 LAR.

RESOLUCION DE CONTRATO.—SIENDO EL CONTRATO ANTERIOR A LA VIGENTE LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS, TIENE EL ARRENDATARIO DERECHO A LA PRORROGA DE LA DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA, SIN QUE OBSTE AL CARACTER DE CULTIVADOR PERSONAL EL QUE EXPLOTE UNA PEQUEÑA GASOLINERA. (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1988.)

El Juzgado de Coria desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó parcialmente la anterior, admitiendo la resolución en cuanto a una de las fincas arrendadas.

Prospera la casación. El arrendamiento se encontraba en vigor al promulgarse la vigente LAR, por lo que ha de considerarse al arrendatario como cultivador personal, lo que confiere al arrendatario derecho a la prórroga hasta el límite de veinticinco años (Disposición Transitoria 1.^a), sin que obste a ello que el arrendatario de fincas rústicas se dedique también a la explotación de una pequeña gasolinera, ya que esto no impide el carácter legal de cultivador personal del artículo 16 LAR, ya que puede hacerse con la ayuda de familiares, ya que no se basa en una dedicación exclusiva a las actividades de carácter agrícola, sino de manera preferente, lo que significa compatibilidad con otra actividad y, simplemente, con la ocupación efectiva y directa de la explotación, que no niega radicalmente la sentencia en cuestión.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—PROCEDE LA RESOLUCION POR TRATARSE DE UN ARRENDAMIENTO PECUARIO QUE TIENE UNA DURACION DE TRES AÑOS SIN PRORROGA FORZOSA ALGUNA. (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1988.)

Tanto el Juzgado número 2 de Algeciras como la Audiencia de Sevilla estimaron la demanda.

Se desestima la casación. Los juzgadores, tanto en Primera Instancia como en apelación, declaran la naturaleza ganadera o pecuaria del contrato y su resolución por fin del plazo. El recurrente entiende que debía durar seis años, prorrogables por otros seis, por entender que era agrícola. Es doctrina reiterada que la interpretación de los contratos es materia reservada a los Tribunales de Instancia, salvo que se demuestre que es ilógica o contraria a la Ley, lo que no ocurre en este caso. Tanto el documento como la prueba practicada demuestran que las fincas no han sido destinadas nunca al cultivo agrícola, sino al pasto para el ganado de su propiedad. El plazo de duración, por tanto, es el de tres años, sin prórroga forzosa alguna y sin que sea de aplicación el artículo 2 de la Ley de 28 de junio de 1940, coincidente con el apartado d) del artículo 9 y el apartado 1 del artículo 10 del Reglamento de 1959, que se refieren a los arrendamientos de fincas de aprovechamiento agrícola y no tiene relación con este supuesto litigioso.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—ES LIBRE LA ApreciACION DE LA PRUEBA PERICIAL CONFORME A LAS REGLAS DE LA SANA CRITICA. SE TIENE EN CUENTA NO EL VALOR EN VENTA, SINO EL VALOR REAL, CONFORME A LOS CRITERIOS DE LA LEY DE EXPROPIACION FORZOSA. (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1988.)

El Juzgado número 2 de San Sebastián admitió el acceso a la propiedad y la Audiencia rebajó el precio fijado por aquél.

No tiene éxito la casación. El arrendatario solicitó el acceso a la propiedad conforme a la Disposición Transitoria 1.^a de la Ley de 1980, concediéndolo el Juez por el precio de once millones, que redujo la Audiencia a nueve millones doscientas ochenta y nueve mil trescientas pesetas. El recurrente alega que la sentencia recurrida no tuvo en cuenta el informe de un Ingeniero Agrónomo, como prueba pericial, olvidando que la doctrina mantenida por esta Sala es la de que la prueba pericial no tiene carácter de medio probatorio de alcance documental, ya que, según el artículo 632 LEC, es de estimación discrecional, según las reglas de la sana crítica, sin eficacia para fundar un recurso de casación; y fue a tenor de la libertad de apreciación preconizada en dicho precepto la razón por la que el Tribunal *a quo* acogió la valoración efectuada por el perito nombrado en el pleito, habida cuenta de las discrepancias existentes entre las valoraciones de los diversos informes extrajudiciales. Tampoco se puede tener en cuenta el motivo que alega que no fija la sentencia el justiprecio en el valor real de las fincas, dadas las expectativas urbanísticas de las mismas, y sí en el valor rural o agrícola. Nada consta en Autos sobre el valor en venta de terrenos de iguales características ubicados en la misma zona, ya que no se ha practicado prueba concreta sobre cuál pudiera ser ese valor efectivo de las fincas análogas a la litigiosa. La Sala considera que se ha tenido en cuenta no sólo el mero aspecto agrícola, sino el valor real de los terrenos, considerando su emplazamiento, configuración, calificación urbanística y fiscal, topografía y rendimientos a la que adicionó la correspondiente a la edificación, sustituyendo, dentro de los diversos criterios de la Ley de Expropiación, el valor en venta por el real, aplicando la medida correctora del artículo 43 de dicha Ley, lo que acredita el correcto proceder de la Sala de Instancia.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

REVISION DE RENTA.—LOS REALES DECRETOS DE 1978 Y DE 1980 LIMITAN, POR RAZONES DE CARÁCTER ECONOMICO, LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, MITIGANDO LOS AUMENTOS DE RENTA QUE EN OTRO CASO PUDIERAN HABERSE PRODUCIDO. (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1988.)

El Juzgado número 9 de Madrid admitió parcialmente la demanda y rechazó la reconvencción, declarando válida la cláusula adicional del contrato de 1961 y fijando la renta con efectos desde el 1 de enero de 1981. La Audiencia revocó en parte, desestimando tanto la demanda como la reconvencción.

No prospera la casación. En 1961 se fijó la renta del local relacionada con el precio de la butaca a tres pesetas y pactando que si la empresa explotadora eleva el precio de la butaca deberá producirse automáticamente el aumento en la misma proporción de la renta debida a la propiedad. En consecuencia, se han venido realizando una serie de revisiones, hasta que en 1979 se opuso el arrendatario a la elevación proporcional de la renta por estimar que en virtud de los Reales Decretos de 1978 solamente procede la elevación del catorce por ciento y que sólo podría ser renovada cuando aumente el precio de las entradas, solicitando además la nulidad de la cláusula adicional del contrato de 1961, antes referida. Aunque estos Reales Decretos han de ser interpretados con criterio

restrictivo, también es verdad que dados los claros términos de dichas normas, nos llevan a la conclusión a la que llega la Sala de Instancia de que en ellos se contempla una limitación de la renta que no debe agotar sus efectos en el período en ellos señalado, sino que alcanza un carácter permanente, sin que quepa, una vez transcurrido el plazo de su vigencia, completar su revisión hacia el futuro con las cantidades que, de no haberse dictado tales Decretos, hubieran correspondido en concepto de elevación de renta, lo que corrobora después el Real Decreto 15/1980, de 26 de diciembre, para los locales de negocio, que descarta también la revisión retroactiva de la renta de dichos locales. Estas normas limitan la autonomía de la voluntad, establecida por el artículo 1.255 CC y establecen unos mecanismos especiales para llevar a cabo la revisión de las rentas que, por razones de carácter económico, mitigan la cuantía de los aumentos que en otro caso pudieran haberse producido.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—EXISTE PRESUNCION DE CESION INCONSENTIDA POR EL SOLO HECHO DE LA INTRODUCCION EN LA RELACION ARRENDATICA DE UNA PERSONA EXTRAÑA AL CONTRATO. (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1988.)

El Juzgado número 15 de Madrid estimó la excepción de falta de personalidad de los demandados, rechazando la demanda. En cambio, la Audiencia declaró resuelto el arrendamiento por cesión ilegal del local del negocio arrendado.

La casación es admitida parcialmente. Una de las empleadas del primitivo arrendamiento, al poner fin éste a la relación arrendaticia, concierta en 1974 un nuevo contrato de arrendamiento, pero éste no puede considerarse traspaso, pues no reúne los requisitos del artículo 32 LAU ni guarda relación con el contrato anteriormente extinguido. Permanece dicha señora como titular arrendaticia hasta diciembre de 1981, en que conviene con otra la titularidad de la empresa, quedando aquélla como empleada de la segunda, todo ello sin conocimiento de la dueña y sin que se hiciera nuevo contrato. Reiterada jurisprudencia de esta Sala mantiene la presunción de la cesión inconsentida por el solo hecho de la introducción en la relación arrendaticia de una persona extraña al contrato, confirmándolo además porque el cambio de titularidad del negocio ha sido pleno, pasando la persona asalariada a figurar como dueña a todos los efectos, incluso fiscales, ostentando la anterior la condición de empleada de la primera, todo ello al margen de la arrendadora. Procede la casación en cuanto que al mantenerse la excepción de falta de legitimación pasiva de seis de los demandados las costas deben correr a cargo de la parte demandante, sin perjuicio de que cada una de las demás partes abonen los gastos causados a su instancia y los comunes por mitad.

DESAHUCIO.—ES AJUSTADO A DERECHO EL EMPLAZAMIENTO DEL DEMANDADO HECHO EN EL PISO ARRENDADO, SIN QUE SE HA YA JUSTIFICADO QUE EL DEMANDANTE CONOCIERA OTRO DOMICILIO DEL ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1988.)

Se dicta sentencia por el Juzgado de Distrito número 32 de Madrid declarando el lanzamiento del inquilino por falta de pago de los recibos de alquiler, ya que éstos eran presentados al cobro en el piso arrendado, habiéndose ausentado el

inquilino y, según él, lo había hecho saber al propietario, que a pesar de ello siguió pasando los recibos a aquel domicilio.

No prospera la revisión interpuesta. Aunque no había caducado el plazo por no haber pasado el plazo de tres meses desde el conocimiento del procedimiento, la realidad es que el arrendatario declaró ser emigrante a Venezuela por razones de trabajo, entendiéndose que existen las justas causas a que alude el artículo 62 LAU, y para acreditarlo acompaña certificado del agregado laboral de la Embajada de España en Caracas, aunque en realidad se trata de un simple escrito hecho por el gerente de la empresa donde trabaja, con el visto bueno del agregado laboral, que no cumple con lo que se exige en el Decreto de 13 de marzo de 1969 a los indicados efectos, sin que se haya probado tampoco la notificación a la recurrida ni esa razón pueda ser comprendida entre dichas "justas causas" de excepción a la prórroga; por otra parte, el comportamiento de la actora al señalar como domicilio del demandado el piso que había habitado a los efectos de su emplazamiento es ajustado a Derecho, puesto que no se sabe que conociera otra dirección del demandado, publicándose los edictos en la forma prevista por la Ley, sin que se obstaculice por la demandante el conocimiento por el demandado de la existencia de dicho juicio y que por su sola negligencia no conoció debidamente, por lo que no puede hablarse de maquinación fraudulenta atribuible a la parte actora.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.—SE TRATA DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA, YA QUE SE CEDIO EL USO Y GOCE DE UN CONJUNTO DE ELEMENTOS DIVERSOS DESTINADOS A UNA EXPLOTACION INDUSTRIAL ESTABLECIDA CON ANTERIORIDAD POR LA ENTIDAD ARRENDADORA. (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1988.)

El Juzgado número 2 de Bilbao estimó la demanda, declarando resuelto el contrato por pérdida de la cosa arrendada, lo que confirma la Audiencia.

No tiene éxito la casación. La naturaleza del contrato no depende de las declaraciones de las partes, sino de su propia constitución y sustancia, de modo que incumbe al Juez y no a las partes decidir la legislación aplicable, por lo que ningún valor habría que darle a las declaraciones del contrato de enero de 1953, del que se obtienen conclusiones contradictorias, llegando la Sala a la conclusión de que el arrendamiento fue de industria, ya que se cedió el uso y goce de un conjunto de elementos diversos destinados a una explotación industrial establecida con anterioridad por la entidad arrendadora, aunque ésta no se utilizase en el momento del contrato en su propia finca, formando un todo con ésta, que es lo que resulta del presente caso, y así se observa en el inventario de bienes que se entregaron juntos, que constituían una unidad susceptible de ser explotados inmediatamente. Afirmación y calificación jurídica llevada a cabo por la Sala de Instancia, en plena concordancia con la reiterada jurisprudencia de la Sala, en orden a la conocida distinción entre arrendamiento de industria y de local de negocio.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LAS OBRAS INCONSENTIDAS CONSISTENTES EN LEVANTAR UNOS COBERTIZOS QUE AMPLIAN LA SUPERFICIE DEL LOCAL ARRENDADO CONSTITUYEN LA CAUSA DE RESOLUCION DEL ARTICULO 114 L.A.U (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1988.)

El Juzgado número 1 de Palma de Mallorca declaró resuelto el contrato, confirmándose en la apelación.

No prospera la casación. La configuración es la disposición de las distintas partes que componen un cuerpo y le dan su especial figura a la que se ha calificado como la causa 7.^a del artículo 114 LAU, es decir, un supuesto de variación de la misma calificado como contingente y circunstancial, de modo que no se admite un concepto abstracto y general, sino que han de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes para determinar si, dada la naturaleza de la cosa arrendada y sus particularidades, ha llegado a producirse o no una alteración del local arrendado por las obras realizadas. Estas obras consistieron en levantar un cobertizo que amplía la superficie primitiva del local y otros dos cobertizos en la zona de la terraza. Ambas inciden en la causa de resolución prevista en la LAU, habida cuenta del cambio sensible y evidente en la configuración del local y la construcción duradera y estable de las obras realizadas, sin que la posibilidad de devolución al estado anterior incidan en la causa de resolución.

REVISION DE RENTA.—EL CONVENIO INICIAL DE REVISION DE RENTA FUE SUSPENDIDO TEMPORALMENTE EN SU APLICACION POR HABER CONVENIDO, ARRENDADOR Y ARRENDATARIO, UNA LIMITACION TEMPORAL MEDIANTE OTRO MODULO CONCERTADO ENTRE ELLOS SIN SOMETIMIENTO AL INICIALMENTE PACTADO. (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1988.)

El Juzgado número 4 de Castellón estimó parcialmente la demanda, modificando parcialmente la Audiencia de Valencia.

No prospera la casación. Arrendador y arrendatario habían adoptado por un pacto entre ellos que la renta se revalorizaría en diferente cuantía a la fijada por los índices de precios de consumo del INE, conducentes a que mediante las adaptaciones sucesivas se alcanzase la última revisión, que fijó la renta en 12.080 pesetas. El plazo de caducidad de tres meses no es aplicable en relación con la cláusula negocial estabilizadora, sin que se busquen efectos de retroactividad y se inste para el futuro, como establece la Sentencia de 13 de diciembre de 1986 en virtud del carácter convencional que da vida a la cláusula pactada para la actualización de la renta, por lo que es aplicable desde el 8 de marzo de 1985 en que la parte arrendadora, en acto de conciliación preparatorio de la demanda, ejercitaba la facultad de revisar la renta en cuestión. No existe retroactividad de las revisiones pactadas con relación a la época anterior a la que reconoce la sentencia recurrida, ya que el convenio inicial fue suspendido temporalmente en su aplicación por haber convenido el arrendador y el arrendatario esa limitación temporal mediante otro módulo concertado entre ellos, sin sometimiento al inicialmente pactado. La Sala sentenciadora respeta el artículo 1.091 CC que da a los contratos fuerza de Ley, ya que el arrendatario ha de pagar el precio resultante de lo convenido con el inicial arrendador a través de las vicisitudes de las convenciones establecidas entre ambos, de conformidad con lo pactado.

C.R.R.

E) SUCESSIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

ACEPTACION Y REPUDIACION DE LA HERENCIA. DERECHO A ALIMENTOS. DERECHO TRANSITORIO. ARTICULOS 121 Y 141 COMPILACION ARAGONESA: DISPOSICION TRANSITORIA 12 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1990.)

La aceptación de la herencia es un acto personalísimo y unilateral, dependiente de la sola voluntad del llamado a la herencia sin que necesite de la voluntad concurrente de otra persona para su efectividad.

La renuncia a los derechos hereditarios se rige por la legislación vigente al tiempo del fallecimiento de los causantes.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Pedro González Poveda, declara no haber lugar a ninguno de los recursos de casación interpuestos por ambas partes litigantes, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho, de los que se deducen claramente los hechos correspondientes:

Primero. En la demanda formulada en nombre y representación de doña Ana María A. L. y de sus hijas menores de edad, doña Virginia, doña Verónica y doña Sara G. A., contra don Pedro G. P., se formulan diversas peticiones atinentes a que se declare a las citadas menores herederas abintestato de su padre, don Domingo G. P., con reserva a su viuda, doña Ana María A. L., del usufructo de viudedad; que las actoras aceptan la herencia de su difunto padre y esposo, debiendo procederse al otorgamiento de su escritura de aceptación de herencia y partición de bienes; se declare igualmente la nulidad de pleno derecho de la escritura pública de renuncia gratuita, pura y simplemente a las herencias testadas o intestadas de sus padres, otorgada por don Domingo G. P. en 29 de enero de 1986, no teniendo ningún valor ni efecto en cuanto "tal renuncia —además de por sí— la efectúa el otorgante de forma que no le sustituyan en la porción correspondiente en las aludidas herencias, sus hijos o ulteriores descendientes"; se declare la nulidad de pleno derecho del testamento otorgado por doña Asunción P. G. el 8 de septiembre de 1973 y, subsidiariamente, el señalamiento de alimentos a favor de las demandantes menores de edad a tenor del artículo 121 de la compilación civil aragonesa; como consecuencia y efecto de las anteriores declaraciones procede la apertura de las testamentarias de don Pedro G. A., fallecido abintestato el 16 de enero de 1973, y de doña Asunción P. G., fallecida el 29 de diciembre de 1984, otorgando los documentos públicos y privados para

ello; igualmente, procede declarar que el negocio de hostelería "Mesón Rancho Grande" y "Viejo Mesón" pertenecían en pleno dominio y *pro indiviso* y por mitades e iguales partes a don Domingo G. P. y a su esposa, doña Ana María A. L., con los efectos correspondientes a su inclusión en el caudal hereditario de aquél y al derecho expectante de viudedad de la actora; que el demandado, por sí o alternativamente, con cargo a las obligaciones de las herencias de don Pedro G. A. y doña Asunción P. G., ha de satisfacer las cantidades que reclama doña Ana María A. en concepto de pensión establecida en el convenio regulador de los efectos de separación matrimonial producida entre ella y su difunto esposo; se condene al demandado a estar y pasar por estas declaraciones y a que indemnice a las actoras por los daños y perjuicios causados, cuya cuantía se fijará en ejecución de Sentencia. El Juzgado de Primera Instancia de Jaca dictó Sentencia en la que se declara: "a) Que Virginia, Verónica y Sara G. A. son herederas abintestato por terceras e iguales partes de su padre don Domingo G.P., con reserva del usufructo de viudedad a favor de su esposa, doña Ana María A. L. b) Que es nula de pleno derecho la manifestación de don Domingo G. P. realizada en la escritura pública otorgada ante el Notario don José Antonio Beramendi Erice el 29 de enero de 1986 de que 'tal renuncia la ejecuta el otorgante de forma que no le sustituyan en la porción correspondiente en las aludidas herencias sus hijos o ulteriores descendientes', y en su consecuencia debo declarar, y declaro, que las demandantes Virginia, Verónica y Sara G. A. sustituyen a su padre en la porción que le hubiera podido corresponder en las herencias de sus abuelos, don Pedro G. A. y doña Asunción P. G.; y c) Que el negocio de hostelería 'Mesón Rancho Grande' y 'Viejo Mesón' pertenecía en pleno dominio a don Domingo G. P. y a su esposa, doña Ana María A. L., en *pro indiviso* y por mitades e iguales partes. Y debo absolver, y absuelvo, al demandado don Pedro G. P. del resto de los pedimentos de los recursos instados en su contra en el suplico de su demanda". Recurrida esta resolución, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza dictó Sentencia comprensiva del siguiente fallo: "Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Pedro G. P. y desestimado totalmente el formulado por adhesión por la representación de doña Ana María A. L. y sus hijas Virginia, Verónica y Sara G. A., revocamos la Sentencia dictada en 31 de julio de 1987 por el señor Juez de Primera Instancia de Jaca en los aludidos Autos y en su virtud dejamos sin efecto la declaración del apartado c) contenida en el fallo transcrito, a cuya declaración no damos lugar y de la que absolvemos al demandado don Pedro G. P., manteniendo el resto de pronunciamientos absolutorios y de costas de la Sentencia apelada". Contra esta Sentencia recurren en casación ambas partes litigantes.

Segundo. El motivo primero del recurso interpuesto por la parte actora se acoge al ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por error en la apreciación de la prueba; el motivo de impugnación recogido en el citado número del artículo 1.692 tiene por objeto la denuncia del error sufrido por el Juzgador de instancia al formular afirmaciones o negaciones de hecho conducentes al fallo pronunciado y que se pone de manifiesto a través de documentos aportados en legal forma a los Autos; por ello se exige para su viabilidad la designación del documento o documentos que por sí mismos y sin necesidad de acudir a interpretaciones, deducciones o hipótesis sirven de apoyo al motivo con expresión del particular concreto del documento que evidencie el error imputado al Juzgador, no siendo admisible la alegación indiscriminada de todos o la mayor parte de los documentos aportados a los Autos para obtener de su examen

conjunto un particular o interesado criterio que trate de sustituir al más objetivo e imparcial del propio del Tribunal *a quo*, ya que, como con reiteración ha dicho esta Sala, el recurso extraordinario de casación no constituye una tercera instancia que permita a este Tribunal Supremo un nuevo examen de todas las pruebas aportadas a los Autos, razones que conducen a la desestimación de este primer motivo en el que se hace por la recurrente nueva apreciación de la abundante prueba documental que, según se expresa en el desarrollo del motivo, "en su conjunto patentizan una equivocación objetiva del Tribunal de Instancia", con alusión, incluso, a las pruebas de confesión y testifical para demostrar el pretendido error de hecho, cuando es sabido que tales pruebas no son hábiles para fundaren ellas un recurso de casación por la vía del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil. Igual suerte desestimatoria ha de correr el segundo de los motivos amparado en el número 5.º del artículo 1.692, en que se alega infracción por inaplicación del artículo 1.253 del Código Civil pretendiendo destruir así la valoración del Juzgador acerca del material probatorio del que ha extraído su convicción sobre la realidad de los hechos; partiendo la recurrente de los que ella da como probados en el primero de los motivos que ha sido rechazado; es doctrina de esta Sala la de que el artículo 1.253 del Código Civil faculta o autoriza, mas no obliga, al Juez a utilizar la prueba de presunciones, por lo que cuando el Juzgador de instancia no hace uso del mismo para fundamentar su fallo y sí de lo que resulta de las pruebas directas obrantes en los Autos, no resulta infringido dicho precepto (SS., entre otras, de 3 diciembre 1988 y 3 junio y 7 julio 1989); por ello, sentado en el segundo considerando de la Sentencia recurrida que "sí se infiere de la estimación conjunta de las probanzas testifical y documental antedichas que los negocios eran propiedad de los padres de don Domingo G.", no aparece violado, ni positiva ni negativamente, el artículo 1.253 del Código Civil, lo que impide pueda prosperar este motivo de impugnación.

Tercero. El motivo tercero se ha formulado al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, precepto que permite la impugnación en esta vía casacional de las resoluciones judiciales susceptibles de ello por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate", lo que determina la exigencia, impuesta por el artículo 1.707, párrafo primero, de la propia Ley, de que sean citadas "las normas de ordenamiento", cita que se omite por la otra parte recurrente en este motivo y que impide entrar en su examen; no obstante, aun admitiendo que la infracción denunciada es la de la jurisprudencia de esta Sala acerca de la acción de petición de herencia, dada la cita que se hace al final del desarrollo del motivo de la Sentencia de esta Sala de 12 de noviembre de 1953, en relación con las personas legitimadas activa y pasivamente, así como la finalidad perseguida con su ejercicio; y la referencia que igualmente se hace a la Sentencia de 18 de mayo de 1932, procede la desestimación del motivo. Solicitado en el pedimento segundo del suplico de la demanda que se declara que "Virginia, Verónica y Sara G. A., juntamente con su madre, doña Ana María A.L., acepten la herencia de los bienes dejados por su difunto padre y esposo, respectivamente, don Domingo G. P., debiendo procederse previamente al otorgamiento de la oportuna escritura de aceptación de herencia y partición en la que figure la adjudicación de bienes en pago de su haber legal de gananciales por disolución de la sociedad conyugal, a inventariar los bienes de la herencia y sus cargas, todo lo cual habrá de acreditarse en período probatorio o

en el de ejecución de sentencia", son plenamente asumibles los razonamientos en que, tanto el Juez de Primera Instancia como la Sala de Apelación fundan su fallo desestimatorio de tal pretensión, pues siendo la aceptación de herencia un acto personalísimo y **unilateral**, dependiente de la sola voluntad del llamado a la herencia sin que necesite de la voluntad concurrente de otra persona para su efectividad, es claro que el ejercicio de esa facultad no puede ser reclamado ante los Tribunales por quien ha de emitir esa declaración de voluntad frente a otra persona, sea o no llamado a la herencia; igualmente, la partición judicial de la herencia sólo puede solicitarse frente a quien ostente la **condición** de heredero, condición que no tiene el demandado don Pedro G.P. respecto de su hermano don Domingo, padre y esposo de las actoras; por otra parte, en contra de lo que se afirma en el motivo, en el transcrito pedimento segundo del suplico de la demanda no se ejercita acción de petición de herencia frente al demandado, pues como dice la Sentencia de esta Sala de 7 de enero de 1966, "aun cuando la *actio petitio hereditatis*, implícitamente reconocida en los artículos 192, 1.016 y 1.021 del Código Civil, por su carácter universal y finalidad dirigida **primordialmente** a la obtención del reconocimiento de la cualidad del heredero, difiere de la reivindicatoria regulada en el artículo 348 del mismo cuerpo legal, no por eso deja de servir de vehículo para que las personas activamente legitimadas por ella puedan conseguir en **beneficio** de la masa común la restitución de todos o parte de los bienes que compongan el caudal relicto perteneciente al causante, cuya posesión a título sucesorio o sin derecho alguno retenga en su poder el demandado", petición de restitución frente al demandado que no se contiene en el repetido pedimento, por lo que en su desestimación por la Sentencia recurrida no resulta **infringida** la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias que se citan en el motivo.

Cuarto. El motivo cuarto, amparado en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción "por interpretación errónea de los artículos 119, 120, 122 y, alternativamente, el artículo 121 de la compilación civil aragonesa, aprobada por Ley de Cortes de 21 de mayo de 1985"; entiende la parte recurrente que las menores Virginia, Verónica y Sara G. A., nietas de don Pedro G. A. y doña Asunción P. G., se encuentran en el supuesto del artículo 120, por cuanto no habiendo sido favorecidas en vida de los causantes ni en la sucesión intestada del abuelo, don Pedro, carecen de "mediación de persona capaz para heredar" que era su padre, don Domingo G.P."; tesis inaceptable pues se funda en una incorrecta equiparación entre la renuncia a la herencia y la incapacidad para suceder. El derecho de alimentos que reconoce el artículo 121 de la compilación de Aragón se otorga a **favor** "de los descendientes sin mediación de persona capaz de heredar", requisito que no concurre en las codemandantes, Virginia, Verónica y Sara G. A., entre las cuales y sus abuelos, Pedro G.A. y Asunción P. G., se interponía al momento del fallecimiento de cada uno de éstos, al cual ha de entenderse para calificar la capacidad del heredero o legatario, según el artículo 758 del Código Civil, el padre de aquéllas, don Domingo G. P., sin que resulte acreditado en Autos que el mismo se hallaba incurso en alguna de las causas de indignidad constitutivas de incapacidad para suceder recogidas en el artículo 756 de dicho Código, no pudiendo identificarse la incapacidad para suceder con la renuncia a la herencia por quien ha sido llamado a ella; no ha **infringido** la Sentencia de Instancia los preceptos alegados en el motivo que debe ser rechazado. De igual manera procede desestimar el séptimo motivo, en que, con el mismo amparo procesal, se denuncia infracción del artículo 1.902 del

Código Civil; referido este motivo a impugnar el pronunciamiento desestimatorio del pedimento 7.º del suplico de la demanda en el sentido de que se declarase al demandado obligado a pagar a la actora Ana María A. la cantidad que reclama procedente del impago por su esposo Domingo G. de la pensión mensual fijada a favor de la recurrente en el convenio regulador de su separación matrimonial, es clara la inaplicación al caso del artículo 1.902 del Código Civil regulador de las obligaciones derivadas de culpa extracontractual.

Quinto. Entrando en el examen del recurso interpuesto por don Pedro G. P., procede el estudio conjunto de los tres motivos en que se articula, todos acogidos al número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sosteniéndose en ellos que era aplicable al caso litigioso el artículo 141 de la Compilación de Derecho civil de Aragón en la redacción dada al mismo por la Ley autonómica de las Cortes de Aragón de 21 de mayo de 1985, vigente al tiempo de la renuncia cuya validez es controvertida, y no, como declara la Sala *a quo*, el texto de la Compilación de 8 de abril de 1967. Se plantea así una cuestión de Derecho intertemporal que habrá de resolverse aplicando las disposiciones transitorias del Código Civil en virtud de las sucesivas remisiones que se hacen en las disposiciones transitorias 4.ª de la Ley de 1985 y 12.ª de la compilación de 1967; tratándose de la renuncia de los derechos que a don Domingo G. P. le correspondían en las herencias causadas por sus padres, don Pedro G. A., fallecido el 16 de enero de 1973, y doña Asunción P. C., fallecida en 29 de diciembre de 1984, es aplicable a tal renuncia de derechos hereditarios la legislación vigente al tiempo del fallecimiento del causante por aplicación de la disposición transitoria número 12 del Código Civil, según la cual "los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código; se regirán por la legislación anterior", criterio seguido igualmente por la Disposición Transitoria 8.ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, a cuyo tenor "las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior, y las abiertas después por la nueva legislación; y así lo viene declarando desde antiguo esta Sala, que en Sentencia de 9 de marzo de 1987 dijo que "los derechos hereditarios han de regirse por la legislación del tiempo del fallecimiento del causante, y estimándolo así la Sala sentenciadora se ajusta a la regla transitoria doce del Código Civil", reiterando las Sentencias de 24 de junio de 1897 y 5 de junio de 1917 que "el principio de irretroactividad de la Ley nueva sólo rige para los derechos nacidos bajo el imperio de la antigua; y notorio es que los derechos hereditarios no nacen hasta la defunción de la persona de cuya defunción se trate"; más modernamente se mantiene esta doctrina en Sentencias de 22 de diciembre de 1973 y 13 de abril de 1984; estableciendo esta última que "los derechos a la herencia de don Juan B. C. habrán de regularse con arreglo a la legislación vigente a su muerte, acaecida el día 7 de mayo de 1951, todo ello, también, conforme a la preceptiva contenida en los artículos 657 y 661 del Código Civil", criterio igualmente mantenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 13 de junio de 1979. Por ello la renuncia a los derechos hereditarios hecha por don Domingo G. P. ha de regirse por la compilación de Derecho civil de Aragón en su redacción de 8 de abril de 1967, vigente al tiempo del fallecimiento de los causantes y determinante de los efectos de tal renuncia y, consiguientemente, del destino del caudal hereditario; y al entenderlo así el Tribunal de Instancia no infringió las normas legales que se citan en los motivos, no obstante aplicarse la Disposición Transitoria 4.ª y no la 12 del Código Civil, lo que lleva a la desestimación de los mismos.

RESERVA LINEAL.—ARTICULO 811 DEL CODIGO CIVIL. TRANSMISION DE DERECHOS POR EL RESERVATARIO. (SENTENCIA DE 9 DE ENERO DE 1991).

El derecho de reserva se actúa automáticamente, una vez fallecido el reservista, en favor de los reservatarios que lo sean en ese determinado momento, por lo que, incorporados los bienes reservados al patrimonio del reservatario, se transmiten a los herederos de éste siguiendo las reglas ordinarias de la sucesión, sin que ello implique desvirtuación alguna del sentido troncal de esta reserva, toda vez que la misma se respeta hasta el límite parental del tercer grado, que es su extensión legal, y resulta indiferente, a efectos de la reserva hereditaria, a qué personas transmite libremente los bienes quien los adquirió en virtud de aquélla.

Reitera la doctrina de la Sentencia de 21 de diciembre de 1989, con precedentes en las de 14 de junio de 1945 y 8 de junio de 1954.

SUSTITUCION FIDEICOMISARIA "SI SINE LIBERIS DECESSERIT" EN CATALUÑA. ARTÍCULOS 131 Y 133 DE LA COMPILACION CATALANA. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1991.)

Está en la propia condición de *si sines liberis decesserit* que se refiere a la inexistencia de hijos generados por la persona a quien se impone, sin que puedan equipararse a ellos los adoptivos.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Teófilo Ortega Torres, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sala 3.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona que había confirmado íntegramente la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Vilanova y Geltrú, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho:

El señor C.C. dispuso, en la cláusula segunda de su testamento otorgado en 9 de diciembre de 1952, lo siguiente: "Lega a su hijo Jaime C.R., en pago de sus derechos legitimarios y en cuanto excediere como liberalidad, una pieza de tierra..., propiedad del testador, y ordena el testador que en el caso de tener hijos su expresado hijo pueda, éste su hijo, disponer libremente de la finca legada, y en caso de no tenerlos pasará la dicha finca al heredero nombrado en este testamento, o caso de premorir éste, a los herederos del mismo en la forma por él dispuesta, reservándose, no obstante, a la viuda de su hijo Jaime el usufructo vitalicio del inmueble legado mientras se conserve viuda", y la demandante —hoy recurrente— doña Ana M. P., viuda y heredera de don Jaime C. R., sostiene que la referida disposición testamentaria viola lo establecido en el artículo 131.2.º de la Compilación, según el cual "el legado dispuesto en concepto de legítima o imputable a ella, que no sea legado simple de legítima, deberá consistir en bienes de exclusiva, plena y libre propiedad, salvo el caso de no haberlos en la herencia, sin contar, a este solo objeto, los bienes muebles de uso doméstico. El incumplimiento de este precepto facultará al legitimario para optar entre admitir simplemente el legado o renunciarlo, exigiendo lo que por legítima le corresponda", en relación con el artículo 133 de la misma, conforme al que "el causante no podrá imponer sobre la legítima condiciones, términos, modos, usufructos, fideicomisos ni otras limitaciones o cargas, y si las impusiere se tendrán por no puestas. No obstante, la disposición por causa de muerte otorgada en concepto de legítima y por un valor superior a ésta, con la expresa prevención de que si el legitimario

no acepta dichas limitaciones se reducirá su derecho estrictamente a la legítima, facultará a aquél para optar entre aceptar dicha disposición con las limitaciones o cargas referidas o hacer suya sólo la legítima libre de ellas. La aceptación de la disposición implica la de las cargas o limitaciones impuestas".

Es evidente que el legado impuesto por don José C. C. en pago de los derechos legitimarios de su hijo don Jaime no infringe el artículo 131.2.º de la Compilación invocada por la señora M. P., pues ni siquiera se ha puesto en duda que la "pieza de tierra" objeto de aquél no fuera un bien de "exclusiva, plena y libre propiedad" del causante; si resulta aplicable al caso, por el contrario, el artículo 133 antes transcrito, por cuanto es obvio que don José C. C. impuso una limitación sobre la legítima de su hijo don Jaime para el caso de que éste no tuviera hijos ("pasará la dicha finca al heredero nombrado en este testamento"), lo que infringe, en principio, la prohibición contenida en el precepto citado. Sin embargo, el mismo artículo 133 establece un régimen excepcional para el supuesto de que la disposición por causa de muerte se otorgue por un valor superior a la legítima, por lo que, en definitiva, habrá de estudiarse si en el caso que nos ocupa se cumplen o no los requisitos exigidos para la validez de aquélla.

En primer lugar, ha de señalarse que del testamento de don José C. C. se infiere ya que el valor de la finca legada superaba al de la legítima de su hijo don Jaime, lo que resulta de la frase "y en cuanto excediere como liberalidad" y también de la cláusula séptima del mismo expresiva de que "...si alguno de los legatarios infringiere esta prohibición se entenderán anulados el legado que anteriormente se le han acordado (*sic*) y reducida la participación del mismo, en la herencia del testador, a la legítima estricta, que, para tal caso, le lega", debiendo advertirse que la Sentencia recurrida parte de la certeza de este hecho y que no se probó nada en contrario. Establece asimismo el artículo 133 que la disposición testamentaria deberá prevenir expresamente que si el legitimario no acepta la limitación "se reducirá su derecho estrictamente a la legítima", circunstancia también concurrente dados los términos de la cláusula séptima, aunque ha de reconocerse que no son absolutamente claros, mas ello se explica por tratarse de un testamento anterior a la Compilación de 1960, que rige una sucesión abierta con posterioridad a la que, en cualquier caso, serían aplicables las previsiones de las Disposiciones Transitorias 6.ª de la Compilación y 2.ª y 12 del Código Civil, a más de que la duda deberá resolverse conforme a la voluntad del testador (art. 675 CC) que es evidente y no contradice ni el Derecho anterior a la Compilación ni lo previsto precisamente en el artículo 133 de ésta. Por último, la recurrente argumenta negando que don Jaime C. R. aceptara la disposición testamentaria de que se trata, a cuyo respecto bastará poner de manifiesto la contradicción que supone pretender en el proceso que la finca legada en pago de legítima no puede estar gravada con carga de ninguna clase y que se haga entrega de la misma y luego negar que se haya aceptado la disposición testamentaria para así obviar sus limitaciones; ha de recordarse también que sobre la impugnación de este extremo versaba el motivo primero del recurso que fue inadmitido.

Partiendo del hecho de que los esposos don Jaime C. R. y doña Ana M. adoptaron plenamente en el año 1976 a un menor, alega la recurrente que se cumplió la condición de tener hijos, ya que, desde la promulgación de la Constitución de 1978, su artículo 14 proclamó la igualdad de los españoles ante la Ley y excluyó cualquier discriminación por razón de nacimiento, de donde infiere que los hijos adoptivos deben equipararse, para purgar la condición *si virte liberis decesserit*, a los procreados por el fiduciario, de donde se seguiría que el Tribunal *a quo* infringió el ordenamiento jurídico al estimar lo contrario. Esta tesis debe recha-

zarse porque: a) No se están discutiendo ahora derechos del hijo adoptivo, que eventualmente pudiera ser discriminado en contra de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución, sino de sus adoptantes; b) Está en la propia naturaleza de la condición *si sine liberis decesserit* que se refiera a la inexistencia de hijos generados por la persona a quien se impone —no otro puede ser el sentido de la frase "tener hijos" no asimilable a adoptar—, y c) La Compilación de 1960, aplicable a la sucesión del señor C.C., disponía que "únicamente se considerarán hijos puestos en condición los legítimos y legitimados por subsiguiente matrimonio del fiduciario, a menos que el testador disponga otra cosa" (art. 174, *in fine*) y, además, el fallecimiento de aquél se produjo con anterioridad a la vigencia de la Constitución, cuyo artículo 14 no sólo es inaplicable al caso por la razón antes expuesta sino también porque la regulación de las sustituciones fideicomisarias siempre —incluso con posterioridad a las modificaciones introducidas en la Compilación de 1960 por la Ley del Parlamento Catalán de 20 de marzo de 1984— ha dejado a salvo la voluntad del testador, y la propia recurrente reconoce —como no podía ser de otra manera— que aquél no pudo referirse a la existencia de hijos adoptivos.

LEGADO DE COSA AJENA.—ARTICULOS 813, 864 Y 1.056 DEL CODIGO CIVIL.
(SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1991.)

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Matías Maplica y González-Elise, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el hijo mejorado, demandado y apelante contra la Sentencia de la Sala 2.ª de la Audiencia Territorial de Sevilla que había revocado y confirmado en parte la dictada por el Juzgado de Primera Instancia del Valverde del Camino, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho:

Fundamentos de derecho.—Don José L. A. otorgó testamento abierto el 15 de diciembre de 1980, que fue el vigente a su óbito, acaecido el 10 de junio de 1982, en estado de viudo de sus únicas nupcias con doña Purificación P. M. y en cuyo matrimonio tuvieron tres hijos: Juan, Germán y José Miguel. La esposa había fallecido el 25 de julio de 1970, con testamento abierto, vigente en el momento de su deceso, de fecha 21 de septiembre de 1953, en el que la testadora que había constituido herederos universales por iguales partes a sus tres hijos, en su cláusula tercera ordenaba a los mismos permitieran a su esposo y padre, respectivamente, el usufructo universal de toda su herencia indivisa, bajo sanción de determinadas exclusiones o reducciones en la percepción de sus cuotas hereditarias, que para el caso que nos ocupa son irrelevantes, toda vez que tal disposición fue acatada, y de ahí que la herencia materna estuviera indivisa y se promoviera el juicio de testamentaría, del que es incidencia el presente procedimiento, a instancia de don José Miguel L. P. La cuestión planteada por la demanda del mismo radica sustancialmente en la validez de las cláusulas 5.ª y 6.ª del testamento de don José L.A. reseñado precedentemente, en cuanto que la primera determina una adjudicación indivisa de bienes en relación con un legado de cosa ajena, y la segunda, por las amplias facultades que se conceden al albacea-contador-partidor señor S. al encomendarle la liquidación de la sociedad de ganancias existente durante el matrimonio de los padres fallecidos de los litigantes y, consecuentemente, la obligación de dar cuenta y en su caso la cesación de don

Germán como administrador de los negocios mercantiles e industriales que son parte importantísima del acervo patrimonial sucesorio; opuestos a la demanda don Germán y el albacea señor S., la Sentencia de Primera Instancia declaró nula la cláusula quinta, no así la sexta, y condenando al demandado a dar cuenta, con entrega de los libros de la administración con cese en la misma en su caso, la que en apelación fue confirmada por la Sala correspondiente salvo en lo concerniente a la nulidad del legado de cosa ajena así mismo contenida en la cláusula quinta ya señalada.

El recurso de casación formalizado por la representación de don Germán L. se ampara en tres motivos; el primero, que equivocadamente se encausa por el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —su encaje correcto es el del ordinal 3.º de la misma norma procesal—, impugna la Sentencia por incurrir supuestamente en incongruencia y correlativa violación del artículo 359 de la misma Ley adjetiva civil, por cuanto considera que la nulidad que se pronuncia respecto de la adjudicación íntegra de las casas y negocios referidos que se contienen al principio de la cláusula 5.ª es incompatible con la validez del legado de cosa ajena expresada en la misma cláusula *in fine*, ya que ambas disposiciones testamentarias son correlativas y complementarias; el motivo segundo, con sede en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción por interpretación errónea del párrafo 2.º del artículo 1.056 del Código Civil, y el tercer motivo, con idéntica residencia procesal que el anterior, denuncia la violación de los artículos 864 y 813 del Código Civil. Como se advierte de su propio enunciado y se constata del desarrollo de los tres motivos, la impugnación de la Sentencia de segundo grado gravita sobre la pretendida paradoja en que incurre el Tribunal de apelación al denegar la adjudicación íntegra de las casas y negocios y reconocer la validez del legado de cosa ajena que a renglón seguido se ordena en la misma cláusula testamentaria como medio adecuado para hacer operativa dicha adjudicación por entero de las casas y negocios que se refiere, dado que el propio testador reconoce su naturaleza de bienes gananciales; pues bien, como quiera que los tres motivos gozan de un mismo denominador y de una misma meta finalista, es evidente lo aconsejable de un estudio y un tratamiento común que integre y no escinda el enjuiciamiento del tema del debate. Así las cosas, es preciso poner de relieve las siguientes razones: a) La Sentencia de esta Sala de 7 de diciembre de 1988 dice: "El principio general de que nadie puede disponer de aquello que no es suyo tiene su plasmación en nuestro ordenamiento por lo que se refiere a la sucesión hereditaria en general en el artículo 659 del Código Civil que circunscribe la herencia de todo causante a los bienes, derechos y obligaciones que integren su patrimonio y que no se extingan por su muerte y por lo que a la testamentaria en particular concierne, en los artículos 667 y 668 de dicho cuerpo legal, que faculta a toda persona a disponer por testamento de todos sus bienes o parte de ellos, a título de herencia o legado. Así mismo, como aplicación más concreta de dicho principio general que como una más de las clases o formas de ella, figura la hecha por el testador (art. 1.056 CC), presupone necesariamente como requisito condicionante de su validez y eficacia que se refiera a bienes que forman parte del patrimonio del testador que la hace, sin que, por tanto, pueda referirse o comprender bienes que no sean de su pertenencia". Y así, en la misma línea doctrinal, las Sentencias de 22 de mayo de 1965, 17 de mayo de 1974 y 5 de junio de 1985, entre otras; b) En punto al legado de cosa ajena, la Sentencia de 16 de enero de 1932 sentaba como doctrina que "el Código Civil al regular el legado de cosa ajena en los artículos 861, 862, 863 y 864 establece distintos supuestos al objeto

de fijar cuál sea la voluntad del testador, y así, en los dos primeros preceptos de los que se acaban de mencionar se contrae al legado de cosa ajena cuando ésta pertenece a un extraño y según que el testador sepa o no que la cosa legada era de ajena propiedad; en el tercero, al legado de cosa propia exclusivamente del heredero o de otro legatario, y en el cuarto, a supuestos diversos no contenidos en los anteriores, esto es, a la concurrencia de varios partícipes, siempre que uno de ellos sea el testador o el heredero o el legatario, sin importar que las otras participaciones recaigan en cualquiera de los dos últimos o simplemente un extraño, pero en todo caso limitando el legado a parte o derecho perteneciente al testador, a menos que éste declare expresamente que lega la cosa por entero"; y la Sentencia de 10 de enero de 1934 ofrece una perspectiva muy aleccionadora para el caso que nos ocupa cuando dice: "Los preceptos legales relativos a los legados de cosa ajena, común o propia del legatario no son definitivos si se aplican a cosas totalmente dominadas o poseídas por ambos cónyuges, estando subordinados a la adjudicación que se haga al liquidar la sociedad conyugal"; c) La doctrina jurisprudencial unánime (SS. 5 marzo 1944, 3 febrero 1961, 25 julio 1971, 26 noviembre 1974, 30 abril 1981, 8 junio 1982 y 9 marzo 1984) señala al ocuparse de la aplicación del artículo 675 del Código Civil que ha de concederse notoria supremacía a la voluntad real del testador, siendo función del Tribunal de Instancia la de fijar el verdadero alcance de las cláusulas testamentarias; y como quiera que la cláusula 5.^a —única sometida a la especulación jurídica de su validez— acredita por su literalidad contundente cuál era la verdadera y real voluntad del testador, ha de estarse a su contenido, sin más limitaciones que: a) No perjudicar legítimas estrictas, y b) No disponer más que dentro del ámbito de su propio patrimonio; y d) Consecuentemente a lo expuesto y dado que los bienes adjudicados en especie pertenecían al testador por la mitad de su haber ganancial y la otra mitad a sus hijos por terceras partes, en virtud de la disposición testamentaria de su madre, cotitular con el testador de dicha sociedad de gananciales a cuyo acervo pertenecían tales bienes —casas y negocios—, quiérese decir que si bien el testador, pleno conocedor de tal naturaleza ganancial, explícitamente manifestada en su testamento y, por ende, consciente de su falta de titularidad dominical integral de los mismos, haciendo uso de su libérrima facultad de disposición, lega dichos bienes por entero a su hijo don Germán (art. 864 CC), que sólo podrá hacerse operativo y viable con el consentimiento de los demás herederos, que como cotitulares de los bienes pueden optar por la cesión de esos derechos dominicales sobre la mitad *pro indiviso* de los mismos o su justa estimación (por sustitución dineraria; art. 863 CC), siempre y en todo caso con la rigurosa intangibilidad de sus legítimas estrictas recayentes sobre la herencia del testador don José L. A., en la que queda inmersa la mitad de los bienes objeto de la adjudicación hecha infructuosamente al amparo del artículo 1.056, 2.º párrafo, del Código Civil, cuya nulidad ha de ser predicada por afectar a unos bienes cuya titularidad dominical no ostentaba por entero el propio testador, como ya se ha dicho. De ahí la relatividad de esa adjudicación en especie integral que queda doblemente condicionada a la voluntad de los coherederos y cotitulares —entregar la misma cosa o su justa estimación—, y la inviolabilidad de sus legítimas estrictas; relatividad de adjudicación que hubiera sido de mucho menor relieve si la cónyuge, doña Purificación P., hubiera dispuesto en su testamento otra adjudicación similar a la de su propio esposo y sobre los mismo bienes, ya que no hubiera tenido entonces más limitación que la del respeto a las legítimas de los demás coherederos.

De todo lo expuesto queda patente que hay compatibilidad y no incongruen-

cia en los pronunciamientos de la Sentencia, pues si por algún evento feliz se llegara a la adjudicación por entero de los bienes de la cláusula 5.^a a don Germán, no sería por **disposición** del testador, sino por voluntad de los herederos todos —de ahí la nulidad de la **adjudicación**— y, desde luego, por la eficacia del legado de cosa ajena en la forma que se ha dicho —de ahí su validez y virtualidad—, sin perjuicio de constatar que ese legado de cosa ajena es parcialmente inválido e inoperante en cuanto al tercio de la herencia de la madre que por derecho propio como heredero de la misma le correspondía ya a don Germán; y que en cuanto a las casas y negocios que inválidamente se le adjudicaron al mismo en el testamento del padre, se concreta en una sexta parte de los mismos, de acuerdo todo ello con lo dispuesto en el artículo 878, primer párrafo del Código Civil, por lo que los motivos todos perecen al no haberse infringido los preceptos legales denunciados en aquéllos.

Comentario.—El legado de cosa ganancial es aquel cuyo objeto lo constituye un bien perteneciente a ambos cónyuges con tal carácter en el momento de otorgarse el testamento. Se trata de un legado de cosa específica y determinada que en el momento de disponerse es ajena en parte y que al tener efectividad por abrirse la sucesión puede llegar a ser de cosa propia del testador, sólo propia de éste en parte o totalmente ajena, dependiente de la liquidación de la sociedad de gananciales.

El mismo no ha sido regulado por el Código Civil hasta la reforma de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que siguiendo, al parecer, las ideas ya expuestas por MANUEL DE LA CÁMARA ("El legado de cosa ganancial", *ADC*, 1952, vol. 2, págs. 467-551), dispone: "La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento (art. 1.380). Esta es una solución distinta a la que establece la Ley 251 de la Compilación navarra y plantea, entre otras, las siguientes cuestiones:

1.^a Si el precepto tiene carácter imperativo o dispositivo. Parece que no hay razón fundada para hacer de peor condición a este legado que al de cosa que total e inicialmente es ajena, por lo que su carácter será meramente supletorio de la voluntad del testador, quien puede ordenar que en todo caso sea válido como legado de cosa ajena o bien que únicamente sea eficaz para el caso de adjudicarse el todo o parte del bien legado a su herencia, sin que, por tanto, haya lugar a la sustitución de la cosa legada por su valor en este último supuesto.

2.^a Si el valor que se entiende legado, según el Código, se refiere al valor de toda la cosa —para evitar la indivisión— de forma que hay una sustitución en cierto modo "forzosa" transformando así el legado en legado de cantidad, o sólo a la parte que no se adjudique a la herencia del disponente, siendo un legado "mixto", en parte de cosa específica y en parte de crédito.

3.^a ¿Tendrá trascendencia la creencia del testador de que la cosa legada, en vez de ser ganancial, era de su exclusiva propiedad o será, por el contrario, irrelevante? Parece que habrá de estarse a su intención (art. 675 CC), si bien presumiéndose, salvo prueba en contrario, que el testador conocía el carácter ganancial del bien legado. Rige aquí, por tanto, un principio contrario al establecido por el párrafo 2.º del artículo 861 del Código Civil. Por lo mismo, no juega aquí el artículo 864 del propio cuerpo legal, esto es, no hace falta que el testador diga expresamente que lega la cosa por entero, ya que si se entendiese limitado a su derecho en el bien legado al disponerlo, sobraría la regulación legal y anteriores consideraciones.

SUSTITUCION FIDEICOMISARIA EN CATALUÑA. (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1990.)

Mantiene el principio *in dubio contrafideocomisso*.

El fiduciario, siempre que se trate de un puro acto particional, puede pedir la división de la cosa común y practicar la partición eficazmente con los demás herederos, sin necesidad de que intervengan en ella los fideicomisarios.

LEGITIMA DE HIJOS EXTRAMATRIMONIALES. (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1990.)

La igualdad de trato proclamada en el artículo 14 de la Constitución no es aplicable a las sucesiones abiertas y recogidas conforme a derecho preconstitucional.

La Declaración de Derechos del Hombre, suscrita por España y que tiene el vigor de Ley interna conforme a los artículos 96 de la Constitución y 15 del Código Civil, sólo tiene vigencia y es aplicable a partir de la aceptación por el Estado español.

Esta Sentencia consagra el principio de irretroactividad de las leyes y es reiteración de la doctrina contenida en la Sentencia de 28 de abril de 1989, entre otras.

LEGITIMAS. INTANGIBILIDAD. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1990.)

La intangibilidad de las legítimas no puede eludirse por vía de partición realizada por el *de cuius*, y menos aún por el albacea como mandatario *post mortem* y ejecutor de su voluntad.

MEJORA CONDICIONAL (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1991.)

Considera cumplida la obligación, a la que se subordina la mejora, consistente en que el hijo mejorado, mientras vivan sus padres, habrá de habitar en la casa y compañía de los mismos, comiendo con ellos a igual mesa y mantel, cuidándoles y atendiéndoles en todas sus necesidades, tanto en salud como en enfermedad.

INSTITUCION DE HEREDERO MODAL.—ARTICULO 798 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1991.)

Considera cumplida la carga modal que afecta a la institución de heredero a favor de la Congregación de Hermanitas de Ancianos Desamparados al no poder cumplirse exactamente la voluntad del testador, sustituyendo ese cumplimiento por otro más análogo.