

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

CONTRATO DE OBRA. VICIOS DE LA CONSTRUCCION. LA FIGURA DEL PROMOTOR. RESPONSABILIDAD DE LOS QUE INTERVIENEN EN LA OBRA (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—El motivo primero del recurso, por la vía del artículo 1.692 número 5, impugna la sentencia por infringir el artículo 1.591 del Código Civil. Para la recurrente su condición de promotora de la construcción, que pactó con un solo contratista la edificación, y no separadamente con los distintos gremios, la deja fuera del círculo de los responsables. El motivo no puede ser acogido porque es muy reiterada la jurisprudencia de esta Sala, que adaptando la insuficiente regulación legal del contrato de ejecución de obras a las necesidades sociales de tutela judicial efectiva ha ampliado su ámbito de aplicación en distintos aspectos, y ciñéndonos al que ahora interesa ha extendido la cualidad de constructor al promotor del edificio (SSTS 28 noviembre 1970, 11 febrero 1985, 9 marzo 1988 y 17 mayo 1988), sin que sea sostenible la diferencia entre promotor-vendedor que selecciona un solo constructor, del que elige los diversos gremios que intervienen en la obra.

El motivo segundo denuncia la infracción de la jurisprudencia relativa al litisconsorcio pasivo necesario por la vía del número 4 del artículo 1.692, lo que por sí solo es causa de desestimación porque el cauce adecuado es el número 5 del artículo 1.692. El objeto del motivo de dicho número 4 nada tiene que ver con la jurisprudencia que ha definido y regulado las situaciones litiscónsorciales. Sin embargo, cualquiera que sea el error de planteamiento o la insuficiencia de fundamentación (ni siquiera cita una sola sentencia de la jurisprudencia supuestamente ignorada), por tratarse de institución que puede ser aplicada de oficio

(SSTS 31 diciembre 1985 y 6 junio 1988), baste decir en ratificación del criterio desestimatorio que es reiterada la doctrina que emana de las sentencias de la Sala en las que se declara suficiente demandar al contratista (STS 4 marzo 1988) sin necesidad de traer al proceso a otros colaboradores o a los técnicos a quienes el actor no atribuya ningún grado de responsabilidad. Todo, naturalmente, sin perjuicio de que los demandados traídos al proceso puedan lograr su absolución demostrando que son ajenos a las causas de la ruina o que son otros los causantes. O que puedan acreditar que junto a ellos hubo otros culpables con quienes compartirán solidariamente la condena si así lo decide el Tribunal, cuando no atribuya cuotas determinadas en proporción al valor causante de las respectivas conductas. En cualquier caso, sin necesidad de litisconsorcio y sin perjuicio de las acciones de repetición que en su caso procedan entre el condenado y los demás intervinientes en la obra.

En el tercero y último motivo del recurso, con base en el número 5 del artículo 1.692, se denuncia la infracción del artículo 1.490 del Código Civil, por inaplicación. Para la recurrente, los vicios del inmueble de autos tienen la consideración de ocultos y la reclamación debió formularse dentro de los seis meses siguientes a la entrega de la cosa vendida. Merece igual suerte desestimatoria que los anteriores. La Sala, en multitud de sentencias (27 mayo 1988, 22 febrero 1988, entre otras muchas), ha elaborado una completa definición de los conceptos de ruina funcional, vicios de la cosa que la hacen inadecuada, todos los cuales son comprendidos por el artículo 1.591 del Código Civil y rechaza que le sea aplicable el estrecho precepto del artículo 1.490, absolutamente insuficiente para satisfacer la necesidad de tutela judicial, ya aludida al estudiar el motivo primero de este recurso.

R. DE A.

CONTRATO DE PERMUTA. INCONGRUENCIA: NO EXISTE. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO: NO EXISTE (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—La demanda formulada por el hoy recurrente interesaba la condena de la demandada a otorgar escritura pública de compraventa del solar de su propiedad y a recibir el piso en planta primera con el acceso a través del pasillo del portal de lo que le otorgaría el actor también escritura pública, a la que se opuso dicha demandada, ahora recurrida, solicitando su desestimación y por vía reconvenicional solicitaba la condena del actor reconvenido a que le pagara 570.000 pesetas más los intereses legales en concepto de daños y perjuicios y a que otorgara escritura de 75 metros cuadrados de local comercial en pago del exceso de volumen edificado referido a los locales existentes en la casa levantada sobre el solar de la pertenencia de la accionada, sita en la calle Juan Coto, número 15, de Herencia (Ciudad Real), y a que regularice la situación urbanística, licencia de obra, visado del Colegio de Arquitectos y otros trámites complementarios con tal propósito, que igualmente fue rechazado por el demandante en su escrito de réplica. La sentencia recurrida ahora, tras resolver en apelación, lo que ambas partes litigantes habían promovido, se pronunció en el sentido de desestimar la demanda y las peticiones reconvenionales de condena

al pago de cantidad y a realizar los trámites precisos para la regularización administrativa del edificio y, estimando parcialmente la reconvencción, condenar al actor a que entregue a la demandada, como contraprestación por la transmisión del solar discutido, en el mismo acto en que ésta se produzca, la vivienda determinada y el pasillo que le han sido ofrecidos, más dos cuartas partes de locales comerciales del edificio, que se determinaría en ejecución de sentencia hasta un límite máximo de 75 metros cuadrados, más los elementos comunes correspondientes a tales partes privativas del edificio construido. El recurso de casación se promueve por la parte actora y reconvenida.

El primer motivo del recurso, aunque no señala el ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que se apoya, al citar en su desarrollo el artículo 359 de la citada Ley como infringido, implícitamente se ampara en el número 3.º del precepto citado en primer lugar, lo que viene a coincidir con el motivo segundo de idénticas bases jurídico-procesales y que se proyectan sobre la pretendida incongruencia de la sentencia del Tribunal de instancia. El primero ha de rechazarse porque entiende que la sentencia recurrida debió, para no hacer puramente ilusorias las pretensiones de las partes, acordar el otorgamiento de escritura pública de permuta, si es que la calificación adecuada del contrato objeto del litigio merecía tal conceptualización a tenor de su naturaleza, pero no denegar el otorgamiento de la de compraventa, ya que realmente ello no comportaría la incongruencia que la Sala de Apelación quería evitar con excesivo celo, dado que no se hubiera incurrido en tal defecto, pues las sentencias no tienen que amoldarse rígida y literalmente a lo pedido, sino que las declaraciones del fallo tengan la eficacia jurídica necesaria para resolver todos los puntos del debate. El motivo así considerado, insistimos, ha de rechazarse por cuanto el fallo, ciertamente no ha de sujetarse literalmente a las pretensiones de las partes, pero sí han de contener los datos y factores precisos para hacer viables sus pronunciamientos y sobre todo que sean ejecutables por sí mismos y es obvio que el otorgamiento de las escrituras de compraventa que ambas partes solicitaban no hubieran sido permisibles sin la previa constatación de un precio, el que fuere, que no aparece en forma alguna en el documento privado de 8 de noviembre de 1980 y que es requisito *sine qua non*, para su formalización como se desprende de la simple lectura del artículo 1.445 del Código Civil. Por lo demás, es evidente que la atipicidad proclamada de esta clase de negocios jurídicos y encasillables en el artículo 1.538 del referido Código como contratos de permuta por su mayor aproximación de estructura negocial no es sino consecuencia de que el precedente de la permuta a partir del derecho prejustinianeo es el de los contratos innominados *do ut des*, lo que no empece para el otorgamiento de escritura de permuta en ejecución de lo convenido y del fallo teleológicamente entendido.

En cuanto al segundo motivo en el que la incongruencia supuesta de la sentencia, se hace radicar en que además de lo "permutado", condena al actor a hacer entrega también de una cuarta parte de los locales construidos, no teniendo en cuenta que el solar adquirido por el actor era con propiedad plena y sin limitaciones y condicionamientos de ningún género, tampoco puede prosperar porque técnicamente lo concedido en la sentencia está en función de lo solicitado en la reconvencción, por lo que podrá o no estar acorde con el ordenamiento jurídico, pero de lo que no se puede tachar es de incongruente, conforme a la regla procesal definitiva del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia que lo interpreta. Por último, ha de observarse que la condena pronunciada lo ha sido a virtud de un contrato conceptualizado como de permuta,

cuyo carácter consensual (art. 1.538 del Código Civil) fuerza a tener presente el conjunto de obligaciones recíprocas que en él se constatan y como quiera que la contraprestación de permuta a la cesión del solar es la entrega de un piso de 130 a 140 metros cuadrados, con un acceso a través del pasillo del portal, lo que conlleva como inherente un derecho de copropiedad sobre los demás elementos comunes del edificio, es patente que la edificación de locales comerciales lo ha sido a costa de esos elementos comunes a que se refiere el artículo 396 del Código Civil en los que forzosamente están ubicados, "tales como el suelo, vuelo, cimentaciones, pasos, etc.", lo que arguye en pro de la perfecta y ajustada acomodación de la sentencia combatida al ordenamiento jurídico, pues de otra suerte se verían menoscabados los derechos de la propietaria del solar, al quedar menguada su coparticipación en el conjunto inmobiliario que integra el nuevo edificio considerado como un todo y con grave desequilibrio de los intereses de los contratantes, que para mayor significación gráfica de la obligación convenida en punto a lo permutado, suscribieron un anexo al contrato especificando lo que habría de construirse por el hoy recurrente y en el que no figuran locales comerciales sino tan sólo cuatro viviendas, de acuerdo con la estipulación segunda del documento principal.

Con lo expuesto precedentemente queda claro que el tercer motivo al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que denuncia la infracción del artículo 1.538 del Código Civil por inaplicación, queda rechazado por cuanto todo el alegato que en él se contiene está en íntima conexión con la incongruencia ya estudiada y la distinción entre la compraventa, cuyo término gramatical emplea el contrato y la permuta que es la calificación dada por la Sala de Apelación que aquí se ratifica y con las consecuencias ya definidas por dicha Sala en orden a la reciprocidad de contraprestaciones convenidas en el contrato letigioso de 8 de noviembre de 1980 y que en los anteriores fundamentos jurídicos se han analizado.

También el cuarto motivo formalizado al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que acusa la infracción de doctrina legal en lo atinente al enriquecimiento injusto, en atención a que si se ha producido un desequilibrio económico en la ejecución del contrato no puede definirse como injusto, pues para ello sería preciso —enriquecimiento sin causa—, la ausencia de un pacto vinculante entre partes, lo que no acaece aquí. La doctrina expuesta que es exacta y certera no cabe proclamarla en el presente caso como contraste de la seguida en la sentencia recurrida, que en ningún momento ha hecho uso de tal regla jurídica para su aplicación al caso que nos ocupa y que en ella se resuelve por vía del exacto cumplimiento de lo convenido, como se deduce de la simple lectura de los fundamentos jurídicos segundo y tercero de la sentencia referida, por lo que no puede objetársele hacer aplicación de una doctrina legal en forma errónea, ya que precisamente la rechaza en forma expresa y contundente.

R. DE A.

*ARRAS PENITENCIALES: CARACTER EXCEPCIONAL E INTERPRETACION
RESTRICTIVA (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1988).*

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Procede desestimar el primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata, que la recurrente **doña María de los Dolores S. M.**, al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formula, con base en pretendido error en la apreciación de la prueba, y que fundamenta en el contenido de las actas notariales números 1.353 y 1.519 del año 1977, correspondientes al protocolo del Notario de Madrid don Juan Manuel de la **Puente Menéndez**, de los que trata de deducir que no le incumbe responsabilidad incumplidora del contrato en cuestión, porque tales documentos lo único que revelan es que la vendedora, **doña María de los Dolores S. M.**, concedió el plazo que expresa a la entidad demandante reconvenida para el cumplimiento del contrato de compraventa en cuestión, dentro del cual tal entidad compareció ante Notario al efecto, y que a fines de dicho otorgamiento debería comunicarle la fecha y momento en que, dentro del indicado plazo señalado, había de reunirse con la referida compradora en la correspondiente Notaría la vendedora, pero no que ésta hubiese dado adecuado cumplimiento a las obligaciones referentes a la compraventa concertada de que se trata, ni por tanto que no se hubiere dado la situación de incumplimiento por su parte que la expresada sentencia recurrida acoge; aparte que esta resolución, al dar por reproducidas las razones expuestas y aducidas en la dictada en fase procesal de primera instancia, llega a la solución de resolución del mencionado contrato de compraventa (apartado cuarto del primer considerando de la sentencia pronunciada por el **Magistrado-Juez** de Primera Instancia número 2 de Murcia, en relación con el fundamento de Derecho quinto de la dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete) por petición efectuada al respecto por ambas partes, o sea, por la demandante "**Construcciones V., S.L.**", y la demandada **doña María de los Dolores S. M.**

A igual solución desestimatoria es de llegar en cuanto al motivo segundo, formulado, al amparo del número 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendida infracción del artículo 1.281 del Código Civil, porque al establecer el documento privado de 31 de mayo de 1977, reflejador de la compra-venta en cuestión, la recepción por la vendedora **doña María de los Dolores S. M.** de la cantidad de cinco millones de pesetas como señal o prenda por la venta de una casa en ruinas designada como de su propiedad, situada en Murcia, Plaza de Santa Isabel, y cuyo total hasta dieciocho millones de pesetas se le entregarían al contado en el momento de hacer la escritura en la Notaría el día 30 de abril de 1977, claramente está poniendo de manifiesto, como certeramente ha sido apreciado por la Sala sentenciadora de instancia, que la indicada suma de cinco millones de pesetas entregada a nombre de la entidad compradora y recibida por la vendedora, responde no a arras penitenciales, en previsión de un posible desistimiento o retroacción que se autorizaba de antemano, ni a arras penales, derivada de entrega hecha en garantía de la indemnización que pudiera originar el incumplimiento, ni tan siquiera de meras arras confirmatorias, consistente en la entrega de una cantidad en señal de confirmación del contrato, una vez perfeccionado éste, que como de tal índole es de atribución al total precio fijado a la compraventa, con la consiguiente obligación de devolución cuando el contrato se resuelve por incumplimiento atribuido al vendedor, sino simplemente de la entrega de una suma asignada al precio total, y como anticipo parcial del mismo, porque, como tiene declarado esta Sala en Sentencias de 24 de noviembre de 1926, 11 de octubre de 1927, 8 de julio de 1933, 5 de junio de 1945, 22 de octubre de 1956, 1 de abril de 1958, 20 de mayo de 1967, 10 de diciembre de

1970, 17 de febrero de 1982 y 10 de marzo de 1986, las arras tienen un carácter excepcional, que exige una interpretación restrictiva; sólo susceptible de apreciarse como existentes cuando se evidencia una voluntad indubitada de las partes en tal sentido, emanante de una adecuada interpretación del contrato, que es precisamente lo efectuado por el Tribunal *a quo*, puesto que las palabras y los términos del referido documento privado de 31 de mayo de 1977 ponen de manifiesto que la controvertida suma de cinco millones de pesetas respondía tan sólo a la efectividad en parte del total precio de dieciocho millones de pesetas fijado a la compraventa de que se viene haciendo mención y por tanto con asignación al mismo.

R. DE A.

PROPIEDAD Y TRANSMISIÓN DE PROGRAMAS INFORMÁTICOS (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró sí haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—La sentencia impugnada, revocatoria de la dictada en primera instancia, estima la demanda interpuesta por un centro de cálculo y tratamiento de la información, condenando a la sociedad anónima mercantil demandada, dedicada a equipos industriales, al pago de cantidad correspondiente a trabajos de ordenador, realizados por la actora, en beneficio de la demandada, y desestima la reconvencción que pretende pago por la actora de cantidad correspondiente a gastos de la reconviniendo debidos a que la demandante se había negado a entregarle los programas que confeccionó y que pasaron a ser de su propiedad, según lo pactado. La base del razonamiento de la sentencia consiste en estimar que la demandada reconviniendo no ha probado que los programas confeccionados por la actora han pasado a ser de propiedad de la demandada.

La prestación de técnicas informáticas no tiene, necesariamente, una calificación uniforme, puesto que puede consistir en un contrato de actividad, asimilable al de arrendamiento de servicios o un contrato de resultado, dentro del concepto genérico del arrendamiento de obra y puede concertarse concesión de la propiedad de los programas (hoy reconocida, como objeto de propiedad intelectual, en el art. 10.1, *i* de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, y desarrollado en el Libro I, Título VII, artículos 95 a 100, ambos inclusive, lo que lleva a la desestimación del motivo 3.º que, amparado en el artículo 1.692-5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pretende la infracción de los artículos 1.258 y 1.287 del Código Civil, al entender que es consecuencia natural del contrato la transmisión de la propiedad de los programas, pues ésta no puede extenderse a la peculiar disposición de los elementos que constituyen un trabajo de creación, sino que alcanza solamente a los objetos confeccionados según esa disposición, por lo que la transmisión de la propiedad depende de lo pactado en cada caso.

En este caso la transmisión de la propiedad de los programas, según mantiene el motivo 1.º, basado en el artículo 1.692-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el motivo 2.º amparado en el número 5.º de dicho artículo, por infracción del artículo 1.281 del Código Civil, resulta del apartado 2.º de la carta obrante en el folio 76 en el que se lee: "Los programas articulados por el centro de cálculo para la ejecución de los trabajos objeto del presente contrato serán de

la exclusiva propiedad de "R. V., S.A.". Este documento es determinante, claro y no ha sido contradicho, antes bien, confirmado sustancialmente por la prueba de confesión (posiciones 5.^a y 8.^a) absueltas por la actora y no combatido directamente por otras pruebas, por lo que deben estimarse ambos motivos.

R. DE A.

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: SOLO ES EFICAZ CONTRA LOS ACTOS DISPOSITIVOS CELEBRADOS Y CREDITOS CONTRAIDOS CON POSTERIORIDAD (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró sí haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Es reiteradísima doctrina de esta Sala desde la Sentencia de 7 de marzo de 1896 hasta la de 26 de febrero de 1980, pasando por las de 21 de febrero de 1912, 31 octubre 1928, 2 marzo 1943, 29 noviembre 1962 y 14 diciembre 1968, entre otras, que la garantía de la anotación preventiva de embargo sólo otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación y no en cuanto a los actos de disposición ni tampoco sobre los créditos anteriores de derecho preferente al del embargado, el cual no altera la situación jurídica existente respecto de los actos dispositivos otorgados anteriormente por el mismo deudor, aunque no se hubiesen registrado.

R. DE A.

RESPONSABILIDAD DEL NAVIERO. BUQUE AL MANDO DE PERSONA SIN TITULO DE CAPITAN. INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA. EXCLUSION DEL SINIESTRO A LA LUZ DE LA POLIZA DE SEGURO. NEGLIGENCIAS DIVERSAS DEL NAVIERO (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró sí haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Contra la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid de fecha 21 de marzo de 1987, que, revocando la de primera instancia, les condena a abonar, en la proporción correspondiente a cada una, a la naviera entidad mercantil "M., S.A.", la cantidad total de treinta y cuatro millones de pesetas, con base en el contrato de seguro marítimo del buque "Tirán", por siniestro del mismo, cubierto por dicho seguro (varamiento seguido de abandono), las entidades aseguradoras condenadas: "Banco Vitalicio de España, S.A.", "Nacional Hispánica Aseguradora, S.A.", "Compañía Española de Seguros, S.A.", "Plus Ultra, S.A.", y "Bilbao Compañía Anónima de Seguros", interponen el presente recurso de casación, que articulan a través de seis motivos.

El vehículo casacional que brinda el cauce procesal del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se refiere exclusivamente al error de hecho en la apreciación de la prueba, requiere de manera inexcusable la cita del documento o documentos concretos que, por sí solos y sin necesidad

de deducciones ni formulación de hipótesis, evidencien el error que se dice denunciar, sin que sea dable en dicho motivo involucrar el error de hecho con el derecho, ni tampoco, al amparo del mismo, pretender que este Tribunal lleve a efecto una nueva valoración de todo el material probatorio obrante en autos, con olvido de que este extraordinario y singular recurso no es una tercera instancia, sino un remedio procesal tendente a determinar si, dados unos determinados hechos, es de aplicación el derecho tal como lo hizo el Tribunal *a quo*.

Con base en la doctrina anteriormente expuesta ha de procederse a la desestimación de los dos primeros motivos, articulados ambos por el cauce del ordinal cuarto, pues en ninguno de los dos se cita ningún documento que reúna las expresadas condiciones de idoneidad exigibles para poder servir de soporte a los mismos, ya que en el primero de ellos únicamente se invoca la prueba testifical practicada en la instancia, cuando es sabido que, según doctrina constante de esta Sala, las declaraciones testificales no son idóneas para fundamentar el invocado error en la apreciación de la prueba y que la valoración de la prueba testifical es de la discrecional apreciación del juzgador de instancia, según las reglas de la sana crítica, por lo que tal valoración no está sujeta a censura en casación, y a través del segundo motivo, sin citar tampoco ningún documento hábil, lo que se pretende es hacer una nueva valoración de toda la practicada y sustituir el criterio valorativo del órgano jurisdiccional por el de los propios recurrentes, aparte de que en ambos motivos inciden en una involucración del error de hecho con el de derecho, como lo evidencian las citas indiscriminadas y sin orden alguno que en ellos hacen de numerosos artículos de los Códigos Civil y de Comercio, con desconocimiento u olvido de que la denuncia del error de derecho o de la infracción de normas del ordenamiento jurídico ha de hacerse por el cauce del ordinal quinto, dentro de cuyo adecuado ámbito y a través de alguno de los cuatro restantes motivos que por el mismo articulan los recurrentes podrá ser estudiada y ponderada la calificación jurídica que haya de corresponder al hecho, que las sentencias de ambas instancias consideran probado, de que la entidad naviera y asegurada, aquí recurrida, "M., S.A.", utilizara para el viaje marítimo en que ocurrió el siniestro, como Patrón o Capitán del buque siniestrado, a quien carecía de la titulación técnica y oficial exigida para ello, que es lo que, pese al confusionismo con que aparecen desarrollados todos los motivos, constituye el único núcleo cardinal de toda la cuestión debatida.

La complejidad de funciones que, como delegado de la autoridad del Estado, director técnico de la navegación y representante del naviero en su actuación comercial, ha de desarrollar todo Capitán de un buque, justifican la exigencia de unas especiales y rigurosas condiciones de idoneidad para el desempeño de dicho cargo, que nuestro Código de Comercio determina en su artículo 609, entre los cuales señala la de "hacer constar la pericia, capacidad y condiciones necesarias para mandar y dirigir el buque, según establezcan las leyes, ordenanzas o reglamentos de marina o navegación", cuyo desarrollo reglamentario se halla contenido en el Decreto 2596/74, de 9 de agosto, que después de relacionar en su artículo primero los distintos títulos profesionales de las Marinas Mercante y de Pesca, en el artículo siguiente prescribe al objeto que aquí nos interesa, que el título de "Capitán de la Marina Mercante" habilita para el mando de buques mercantes dedicados a cualquier clase de navegación, sin limitación de tonelaje, el de "Piloto de Primera Clase de la Marina Mercante" para el mando de buques mercantes dedicados a cualquier clase de navegación, hasta 1.590 TRB (Toneladas de Registro Bruto) y el de "Patrón Mayor de Cabotaje" para el mando de buques dedicados a la navegación de cabotaje, hasta 700 TRB.

Al aparecer incuestionado en el proceso del que este recurso dimana que don Felipe-Jerónimo R. S., cuyo título era el de "Patrón Mayor de Cabotaje", expedido el 14 de octubre de 1977, con antigüedad del día 5 de iguales mes y año, no estaba facultado para mandar el buque "Tirán", dado que el tonelaje de éste era de 1.270,52 TRB, lo que determinó que, por haberlo estado mandando durante el viaje a que se refiere este proceso, fuera condenado por la jurisdicción penal (Sentencia número 89, de fecha 22 de julio de 1981, dictada por el Juzgado de Instrucción número 2 de Vigo, en diligencias preparatorias número 71 de 1981) como autor de un delito de intrusismo previsto y penado en el artículo 74 de la Ley Penal de la Marina Mercante, cuyos hechos admiten como probados las sentencias de ambas instancias, parece no ofrecer duda que la conducta observada por la entidad naviera asegurada, aquí recurrida "M., S.A.", al contratarle como capitán o Patrón del expresado buque, para el viaje marítimo aquí cuestionado, cuando conocía o, en todo caso, tenía la obligación de conocer que el título del mismo no le habilitaba para el mando de dicho buque, no puede merecer otra calificación que la de constitutiva de negligencia grave, como, en caso similar al presente, así la calificó esta Sala en Sentencia de 9 de noviembre de 1962, y como acertadamente así lo ha entendido la sentencia de primer grado recaída en el proceso de que este recurso dimana, sin que pueda estimarse, como causa justificativa o exculpatoria de la mencionada conducta, el hecho de que la Ayudantía de Marina de Arrecife de Lanzarote expidiera "patente de navegación", con fecha 22 de noviembre de 1977, para dicho viaje del expresado buque "Tirán", teniendo como capitán o Patrón del mismo a don Felipe-Jerónimo R. S., pues tal patente fue expedida partiendo del dato falso, por alguien suministrado, de que el señor R. S. tenía el título de "Piloto de Primera Clase de la Marina Mercante", como en ella se dice, cuando lo cierto es que sólo lo tenía de "Patrón Mayor de Cabotaje", por lo que el hecho de que la referida Ayudantía de Marina, cuya forma de actuación no nos corresponde aquí calificar ni enjuiciar, expidiera la aludida "patente de navegación" sin cerciorarse previa y fehacientemente de cuál era la titulación verdadera del que se presentaba como Patrón o Capitán del buque, pueda eliminar, ni disminuir, la calificación jurídica, ya expresada, que corresponde a la conducta observada por la entidad naviera que, sabiendo o debiendo saber que el señor R. S., carecía de la titulación necesaria, lo contrató para tal cometido y le encomendó el mando del buque.

Los razonamientos que acaban de exponerse en los dos fundamentos jurídicos anteriores han de traer, como lógica consecuencia, la estimación de los motivos tercero y quinto, íntimamente relacionados entre sí, con sede procesal los dos en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que el motivo sexto, con idéntica sede, que también se refiere al mismo tema aquí cuestionado y por el que acusa infracción de "la doctrina sentada por la Sentencia de 9 de noviembre de 1962 de la Sala Primera del Tribunal Supremo", pueda ser tomado en consideración, ya que, como tantas veces ha dicho esta Sala (Sentencias de 30 de noviembre de 1984, 1 de marzo de 1985, 14 de febrero y 10 de marzo de 1986, entre otras muchas), el recurso de casación no puede válidamente asentarse en una sola sentencia de esta Sala que, por su unicidad, hace quebrar la denuncia infracción de la doctrina legal, que exige, al menos, dos resoluciones conformes para que pueda darse. Por los dos expresados motivos, dentro del confuso desarrollo que caracteriza a todo el recurso, los recurrentes denuncian (en el tercero) infracción "de las normas de ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia para resolver las cuestiones objeto de debate, consistentes en la validez o nulidad de la póliza al introducir riesgos que se salen de su

cobertura y por tanto la obligación del asegurador de pagar la indemnización", remitiéndose después, aunque sin concretarlos, a una numerosa serie de preceptos que ya había invocado en el motivo segundo, pese a haber formulado éste por el caucé del ordinal cuarto, entre ellos los artículos L069, 1.091, 1.255 y 1.258 del Código Civil, y 755, 756 (números 4 y 7) y 737 del Código de Comercio, en relación con los artículos 2.º y 40 de la póliza del seguro marítimo concertado entre las partes, e infracción del artículo 1.214 del Código Civil (en el motivo quinto). Efectivamente, siendo el contrato de seguro, como cualquier otro, ley para las partes (art. 1.091 del Código Civil), en el sentido, por lo que aquí nos interesa, de que la cobertura del seguro se extiende a amparar los riesgos dentro de los límites pactados, no alcanzando a aquellos que, por voluntad de las partes, hayan sido excluidos en la póliza (párrafo primero del art. 756 del Código de Comercio, con referencia específica al seguro marítimo, que aquí nos ocupa, y artículo 1.º de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, con referencia a todo contrato de seguro), y apareciendo probado, por un lado, que el artículo 2.º del condicionado general de la póliza del seguro marítimo objeto de litis, bajo el epígrafe "Riesgos excluidos", excluye de su cobertura "los daños provenientes de dolo o negligencia grave del armador, de sus mandatarios o consignatarios en tierra" y, por otro, que la entidad naviera, como se ha razonado en los dos fundamentos anteriores, incurrió en negligencia grave, al contratar como Capitán o Patrón del buque "Tirán" a quien carecía de la titulación legalmente exigida para ello y cuya impericia, como seguidamente se dirá, fue la determinante de la varada voluntaria y posterior abandono del buque, aparece evidente que, al no haber la Sala *a quo* considerado que el siniestro ocurrido se hallaba excluido de la cobertura del seguro objeto de litis, ha incurrido en infracción de los preceptos citados. Por otra parte, al afirmar la sentencia recurrida, en su fundamento de Derecho quinto, que "frente a la realidad evidente del varamiento de la nave y de contrato de seguro, para que éste no surta los efectos compensadores del riesgo asegurado es preciso demostrar (no estimular sospechas e insinuar acusaciones). Los hechos en que se funda el rechazo del siniestro" y, en el sexto, que "el Capitán fue efectivamente condenado por intrusismo, al no poseer título que le habilitara para mandar la nave, pero en la misma causa penal se depuró el posible delito de varamiento de nave y terminó sin condena, por lo que su actuación al varar el buque, ni en la causa penal, ni en el presente proceso civil, puede ser calificado de maniobra contraria a las buenas maneras de navegar y de gobernar la nave, porque ninguna prueba lo acredita", viene con dicha argumentación la referida sentencia a sostener que era la entidad aseguradora demandada, aquí recurrente, la que tenía la carga de probar la culpa o negligencia con que había procedido el referido Patrón o Capitán al varar voluntariamente el buque, cuya solución o tesis no puede ser aceptada, pues habiendo probado la aseguradora que dicho Patrón carecía de título adecuado y suficiente para poder ostentar el mando del buque, lo que ya entraña una presunción de impericia para el manejo del mismo, se ha de producir necesariamente una inversión de la carga de la prueba, en el sentido de que era la entidad naviera la que estaba obligada a probar que el referido Patrón procedió con toda la diligencia exigible a un experto Capitán, al decidirse a realizar el varamiento voluntario de la nave, por lo que, al no haberlo entendido así la sentencia recurrida, ha incurrido en infracción del artículo 1.214 del Código Civil, regulador del *onus probandi*, cuya prueba, por otro lado, no sólo se ha producido, sino que del material probatorio obrante en autos se desprende que dicho varamiento no era necesario realizarlo, pues teniendo en cuenta que el viaje lo hacía el buque "en lastre, es decir, sin carga alguna, la

reserva de flotabilidad del mismo, a pesar de la vía de agua producida en la sala de máquinas, permitía, sin peligro de hundimiento, haber pedido auxilio a Dakar, de donde distaba aproximadamente 50 millas, para su remolque y posterior reparación, sin necesidad de embarrancarlo, como en reciente ocasión anterior (12 de octubre de 1977) se había hecho cuando el buque "Tirán" estaba regido por otro Capitán con titulación adecuada y con suficiente competencia técnica, el cual, a pesar de llevar el buque totalmente cargado con cemento, ante la misma avería (entrada de agua por el prensa y no tener bomba para achicar las sentinas) y hallándose a unas 44 millas de Casablanca, pidió auxilio y fue remolcado a dicho puerto, en donde fue reparado, aparte de que en el presente supuesto litigioso en buque se hizo a la mar con la bomba de achique ya averiada, pues salió del puerto de Banjul (Gambia) a las nueve horas del día 30 de diciembre de 1977 y a las quince horas y cuarenta minutos del mismo día, en que se inició la vía o entrada de agua por el prensa, ya no pudo ser utilizada la referida bomba de achique por no funcionar la misma, así como el buque inició el viaje careciendo del ancla del lado de babor, lo que impidió fondearlo adecuadamente, una vez varado, en vez de dejarlo a merced del movimiento de la marea. En resumen, la calificación de negligencia grave que, como ya se dijo, corresponde a la conducta de la entidad naviera, al contratar como Patrón del buque a quien carecía de título adecuado y suficiente para ello, como en caso similar al presente declaró esta Sala en la ya citada Sentencia de 9 de noviembre de 1962, ha de ser mantenida, al no haber sido la misma compensada o eliminada por una diligente actuación del Patrón o Capitán por ella elegido, todo lo cual ha de llevar a la conclusión, con estimación de los motivos examinados, de que el siniestro ocurrido quedaba excluido de la cobertura del contrato de seguro marítimo objeto de litis.

El acogimiento de los motivos tercero y quinto, que nos releva del estudio del cuarto, ha de llevar aparejada, con la estimación del presente recurso, la casación de la sentencia recurrida y la confirmación del fallo de la de primera instancia, sin hacer imposición de las costas de aquellas instancias, ni de las de este recurso, y sin que haya lugar a acordar la devolución del depósito al no haber sido el mismo constituido, por no ser las sentencias de la instancia conformes de toda conformidad.

R. DE A.

CONTRATO DE OBRA: DESISTIMIENTO DEL DUEÑO DE LA OBRA. LIQUIDACIONES RECIPROCAS (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Con ocasión de haberse convenido por el demandado como dueño de la obra con el demandante la construcción de una vivienda y unas galleras en la Urbanización "Priorat de Banyeres", del Ayuntamiento de Banyeres del Penedés, por medio de contratos privados de 24 de febrero, 5 de mayo y 30 de mayo del año 1979, en cuyos dos últimos se modificaban sucesivamente la obra a realizar, pues la inicial recaía sobre las parcelas 330 a 333, propiedad del demandado, que luego se extendió a las parcelas 328 y 329, adquiridas posteriormente y colindantes con aquéllas, y para cuyas obras servían de

normativa a seguir en la construcción el proyecto, memoria, pliego de condiciones y planos redactados y confeccionados por los Arquitectos señores B. P., siendo este último señor P. S. el Director Facultativo de su ejecución; pero habiendo surgido diferencias sin haberse ultimado tal ejecución, el contratista abandonó los trabajos y el dueño de la obra comunicó al primero su decisión de tener por extinguida la relación contractual, lo que dio lugar a la promoción de la presente litis, por la que el contratista demandante reclama la diferencia entre el valor de la obra ejecutada y la parte de precio percibida, en tanto que el demandado reclama por vía reconvencional la diferencia entre el coste final de la obra que terminaron a su cargo otros artífices y el inicialmente presupuestado y convenido entre ambas partes, así como lo correspondiente al retraso de la obra en función de la fecha de entrega concertada y la penalización pactada para en su caso y la retención por la garantía del trabajo efectuado del 10 por 100 del precio a satisfacer. Como quiera que ambas partes recurrieron en apelación, la Sala de instancia, en forma definitiva, se pronunció estimando en parte la demanda, relegando al período de ejecución de sentencia la fijación de la cantidad concreta a satisfacer por el dueño de la obra, una vez se valore a los precios vigentes en las fechas que se libraron las tres certificaciones acompañadas a la demanda y se deduzcan 3.841.714 pesetas, que es la parte del precio entregado por el demandado al actor, con lo que se modificaba lo dispuesto por el Juzgado de Primera Instancia que especificó tal diferencia, de plano, en 61.488 pesetas, y desestimando íntegramente la demanda reconvencional.

El primer motivo, el amparo del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa el error de hecho en que incurre la sentencia de apelación al denegar en la litis la concreción del dinero a pagar por el demandado, habida cuenta de la existencia de certificaciones de ejecución de obra, más la valoración que el propio Arquitecto Director de la misma hizo en la certificación obrante al folio 91 y la cantidad anticipada entregada por el dueño, cuya constancia en autos tiene la conformidad de las partes y está reconocida en ambas sentencias de instancia, por cuya razón se estima por el recurrente y así lo expone en el cuarto motivo que por la vía del ordinal quinta del mismo precepto procesal denuncia la infracción del artículo 360 de la misma Ley y jurisprudencia que lo interpreta, que proscribe diferir al período de ejecución de sentencia la especificación de cantidades líquidas cuando éstas resulten claramente determinadas de las actuaciones principales. Como se advierte claramente, ambos motivos tienen una misma raíz crítica de la sentencia de la Sala de Apelación y encaminada a un mismo fin. Y en efecto, dado que la certificación e informes del Arquitecto señor P. no sólo tiene en cuenta las tres certificaciones de obra expedidas por el mismo anteriormente como Director de su ejecución, sino que parte su razón de ciencia de haber sido uno de los dos técnicos superiores que confeccionaron el proyecto y demás instrumentos precisos para la edificación encomendada, quíérese decir que su informe adquiere una singular categoría de certeza y viene investido de la formalidad procesal necesaria para su virtualidad, que no debe ser desconocida por la circunstancia de haberse ratificado en dicho informe por el medio que las actuaciones permitían, es decir, por la de la prueba testifical en la que al contestar afirmativamente a la pregunta número 10 (folios 432 vuelto, 439 vuelto y 441 vuelto), no se le hace ninguna objeción de fondo en la repregunta de la contraparte, por lo que ha de ser apreciada como eficiente valoración de lo construido, no siendo pertinente en consecuencia relegar al período de ejecución de sentencia tal especificación, no ya sólo por razones de economía procesal sino que también por la seguridad

jurídica que encierra la determinación de un dato tan trascendente, que no podría nunca ser definido por otros Peritos con mejor conocimiento de causa y que al propio tiempo no ha sido objeto de tacha, recusación o crítica procesal por la parte contraria, que da ocasión a la estimación de ambos motivos, lo que jurídicamente está más conforme con el interés contractual positivo.

El segundo motivo también por el cauce del error de hecho en la apreciación de la prueba previsto en el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere al que según el recurrente supone la afirmación hecha en la sentencia "cuando por decisiones unilaterales de cada uno de ellos, finalmente coincidentes, aquél abandonó la construcción y éste le comunicó su decisión de tener por extinguida la relación contractual", siendo así, dice el motivo que no fueron coetáneas sino que la extinción decidida por el dueño debía su causa al abandono precedente de la obra por el contratista. A tal fin señala como comprobante del error las cartas del Arquitecto señor P. de 25 de septiembre, 2 de octubre y 11 de octubre de 1979, y en el tercer motivo, también apoyado en el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la misma Ley Procesal, se acusa el error que supone afirmar que las modificaciones establecidas en los pactos de 5 y 30 de mayo de 1979, respecto del contrato inicial y principal de 24 de febrero del mismo año, alteraron sustancialmente la convención en orden al tiempo de entrega de las obras, haciendo con ello inoperante la regla sancionadora de su incumplimiento. Pues bien, ambos errores de hecho no se dan por las siguientes razones:

A) Porque ya el noveno fundamento jurídico de la sentencia recurrida dice: "Sin entrar a la valoración de ese dato (el de la justificación del abandono de la obra por el contratista) conviene atender a..." y señala en los puntos 2 y 3 que no hay relación de causalidad adecuada entre el comportamiento contrario a la regla negocial y el perjuicio originado, no habiendo llegado a probarse por el dueño de la obra la realidad del daño adicional, puesto que los trabajos de terceros contratistas, reflejados en facturas y documentación comercial, no ha sido averada en el procedimiento.

B) Porque si la sentencia recurrida no entra, como se ha dicho, a valorar la razón de abandono de la obra por el contratista, pero que sí lo hizo el Juez de primer grado, quíerese decir que conforme a la doctrina de esta Sala, cuando, como en el caso presente, por determinadas razones no se subrayan los hechos que son la esencia del tema de fondo debatido, recupera esa función la Sala de casación al punto de poder entrever y declarar como si de Sala de instancia se tratara, el sustrato fáctico sobre el que ha de adecuarse el ordenamiento para obtener la justa resolución impetrada, y en este supuesto se advierte que el abandono de la obra viene determinada por los hechos expuestos en los Considerandos segundo y tercero por el Juzgador de primer grado y que aquí se reiteran, y del que son documentos acreditativos los obrantes a los folios 423, 424, 425, 426 y 427 de los autos principales.

De lo expuesto se deduce que la sentencia recurrida obviamente no pudo incurrir en error de hechos que no llegó a declarar en lo concerniente a la acusación que se observa en el segundo motivo, y en cuanto a los del tercero mantiene la sentencia unas afirmaciones que no pueden casacionalmente destruirse por los propios documentos, que son la base de las mismas, ya que ello entraña preterirlas para hacer prevalecer las deducciones propias de carácter subjetivo, y ello sin perjuicio de que en buena hermenéutica el cauce adecuado sería la crítica de la interpretación contractual efectuada por la Sala de instancia,

por la vía del ordinal quinto del artículo 1.692 y con cita de los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, que se estimarán violados, de todo lo cual se infiere el rechazo de los motivos.

R. DE A.

SOCIEDADES SIN ACTIVIDAD REAL ENCUBRIMIENTO DE UN INTERES PERSONAL "LEVANTAMIENTO DEL VELO" (SENTENCIA DE 24 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso:

Doctrina de la Sala.—La sentencia impugnada rechaza la tercería de dominio interpuesta por la entidad "C. S.A.", contra el Banco embargante de bienes muebles situados en un piso propiedad de la actora tercerista, contra la sociedad anónima "E.", deudora ejecutada por el Banco y contra su avalista, que resulta ser Administrador único de "C." y "E.". El razonamiento de la sentencia consiste en el carácter fraudulento de las titularidades aparentes de los bienes frente al hecho de que las sociedades "C." y "E." carecen de actividad mercantil y solamente sirven de pantalla detrás de la cual no existe sino un interesado, que es el Administrador único y avalista de la operación de endoso que dio lugar a la ejecución.

Las afirmaciones de hecho de la sentencia, que parten de una inexistente actividad propia de las sociedades implicadas, manejadas, en su exclusivo interés, por el demandado Administrador único, tienen, como base probatoria directa, la inexistencia demostrada de un comportamiento contable fiscal impropio de entidad mercantil activa, así como su falta de inscripción en la Seguridad Social frente a una falta de prueba que viniese a demostrar la independencia de patrimonios, operaciones propias de empresario comercial y existencia de bienes del Administrador demandado, a su nombre, susceptibles de soportar una ejecución.

Estas conclusiones de hecho, combatidas en el primer motivo amparado en el artículo 1.692-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no pueden destruirse con la pretendida demostración de que la sociedad actora compró dos pisos y un vehículo, pues estos aislados hechos, sin relación con una finalidad de mercado, no acreditan, por su propio valor, una actividad mercantil, que requiere la habitualidad como nota esencial, tal como proclama el artículo 1.º-1 del Código de Comercio y que no resulta de los documentos ofrecidos contradichos por otros y con el complemento de una actividad de razonables presunciones no combatidas en el recurso.

El resto de los motivos cursa por el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, el segundo motivo alega la infracción del artículo 1.214 del Código Civil y no puede ser estimado porque la actividad mercantil de las sociedades, la separación de patrimonios entre ellas y su Administrador y la titularidad, por éste, de bienes suficientes para afrontar su deuda son hechos fácilmente demostrables por la actora y demandados deudores, no por parte del acreedor, ajeno a estas relaciones. Por ello debe aplicarse la doctrina legal sobre carga de la prueba que se refiere a criterios legales, flexibles, usuales y de dispo-

nibilidad de los medios probatorios, siempre teniendo en cuenta el carácter subsidiario de la norma invocada, para cuando no existe prueba suficiente (Sentencias de esta Sala de 29 de mayo de 1987 y 18 de mayo de 1988, entre otras).

A los hechos probados aplica la sentencia el artículo 6-4 del Código Civil, entendiendo que la creación ficticia de las entidades dichas constituye un fraude de Ley. Esta ficción ha sido reprobada por doctrina de esta Sala, que no reconoce la independencia de personalidades cuando al "levantar el velo" de su apariencia real se descubre su inconsistencia como personas jurídicas, meros instrumentos o testaferros de otra personalidad, que es la que se debe tener por existente (Sentencias de esta Sala de fecha 28 mayo 1984, 16 julio y 24 noviembre 1987, 25 enero y 4 marzo 1988, entre otras). La destrucción de esta apariencia lleva consigo la falta de eficacia de sus actos contrarios a la realidad, por lo cual debe rechazarse el motivo tercero que, al negar el fraude, estima infringido el artículo 1.279 del Código Civil, el motivo cuarto y el quinto que pretende la vulneración, respectivamente, de los artículos 449 y 443 del Código Civil, puesto que no hay posesión constitutiva de título real de los bienes muebles embargados, así como el motivo sexto, que denuncia la infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española, porque la actora no fue parte en el juicio ejecutivo que determinó el embargo, puesto que éste es el hecho que legitimó su actuación, como tercerista, en este proceso, en el que no ha podido demostrar, pese a su actividad, la propiedad de los bienes a los que se refiere la tercería, no por razón de indefensión, sino por falta de legitimación, de fondo, en su pretensión.

R. DE A.

DESISTIMIENTO DEL CONTRATO. INTERPRETACION SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—**Declara** el laudo recurrido con hechos probados: a) la vigencia del contrato celebrado entre "E." y "E. U." el 1 de febrero de 1985; b) que el contrato tenía por objeto y se desarrollaría de acuerdo con el proyecto denominado "evaluación de reserva en el área de Prejamo"; c) que el importe del presupuesto y coste de ejecución del proyecto se fijó en 80.820.646 pesetas, que serían aportadas por "E." según plan de pagos unido al contrato; d) que "E." ejercitó el derecho de abandonar la investigación, que se estipuló a su favor en la cláusula decimocuarta del contrato el día 17 de abril de 1985; e) que a dicha fecha "E." tenía entregada a "E. U." la cantidad de 22.899.188 pesetas, si bien el plan de pagos fijaba para el día 15 anterior la entrega, en suma de 33.675.269 pesetas, y f) que "E. U." de dicho importe, a lo que era objeto del contrato, sólo había aplicado, entre gastos e inversiones, la cantidad de 13.060.660 pesetas; frente a dichos hechos se alzan los motivos tercero y cuarto, ambos amparados en la causa cuarta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y consiguientemente de examen previo al de sus anteriores, denunciándose error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del Tribunal arbitral, mas, si al hacerse en uno y otro parecida enunciacón, así en el tercero se dice: "por error en la apreciación del

contrato suscrito por las partes con fecha 1 de febrero, cuya cláusula decimocuarta, párrafo primero, se halla en clara contradicción con el laudo recurrido", y en el cuarto: "por error en la apreciación del contrato suscrito por las partes con fecha 1 de febrero 1985; cuyo contenido en los extremos que seguidamente se determinarán se halla en contradicción palmaria con el laudo recurrido", ya permite anticipar que más que de un error en la apreciación de la prueba y señalamiento del documento que lo evidencia se trata de contrastar documento y fallo, lo que se afirma en el desarrollo de uno y otro motivo; en el tercero se dice que el motivo es consecuencia del anterior (en el segundo motivo se plantea un problema de interpretación con cita del art. 1.281 del Código Civil) y el anterior lo es de éste "por cuanto al apreciar el Tribunal arbitral de forma errónea el contenido de la cláusula decimocuarta del contrato se incurre a su vez en infracción del artículo 1.281 del Código Civil", para seguidamente dar por reproducidos los argumentos plasmados en el anterior motivo de casación y entrando en el que dice error en la apreciación de la prueba se afirma tratarse de un marco lapso en la interpretación de uno de los pactos recogidos en el contrato suscrito por las partes con fecha 1 de febrero de 1985, documento que se señala a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como así en el cuarto, tras señalar al igual el contrato de fecha 1 de febrero de 1985 se insiste, si bien ahora lo sea con referencia a la compensación establecida a favor de "E. U." por "E." de utilizar la facultad de abandonar la investigación, que el laudo infringe el artículo 1.281 del Código Civil al apartarse del tenor literal de la citada cláusula, como se dijo, para ir más lejos, pues el plan de pagos no viene recogido en el contrato", es más, de sus cláusulas, anexos y disposición sistemática se desprende lo contrario; que el programa de pagos se halla establecido con absoluta independencia de la cuantía y ritmo de los trabajos y sus costes reales"; para terminar con la aseveración de que ha habido una errónea interpretación del contrato al exigir el laudo recurrido que "E. U." debía haber justificado la aplicación de las sumas cobradas de "E.", es decir, de error en la apreciación no hay nada, se trata de una cuestión de interpretación para la que no es válido el cauce elegido, por lo que ambos motivos han de ser desestimados.

Denuncia el motivo primero del recurso, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la infracción "por el concepto de violación por inaplicación" del artículo 1.256 del Código Civil puesto que dada la existencia en el contrato de 1 de febrero de 1985 de una cláusula (la decimocuarta) que deja al arbitrio de una de las partes ("E.") la validez y el cumplimiento del contrato al establecer en su párrafo primero que si durante la ejecución de la citada investigación, "E." decidiera abandonar la investigación, lo podrá hacer libremente apartándose del contrato, reputándose afondo perdido la inversión que hasta el momento hubiera realizado, sin que el titular pueda efectuar reclamación alguna; si con arreglo a la técnica casacional de antes de su reforma por Ley 34/1984 se venía entendiendo por "violación" de una norma su falta de aplicación, su inaplicabilidad, siendo procedente, viniendo a significar, en consecuencia, su preterición de omisión de la norma jurídica que hubiere de haber sido aplicada, su olvido o desconocimiento de su existencia, es obvio que no cabe hablar de violación como cuando en el presente supuesto el Tribunal arbitral razona, con amplitud, su inaplicación al caso debatido sometido a su consideración para tras ello afirmar que el artículo 1.256 del Código Civil, norma que se da como violada, no es de aplicación al caso, entonces hubiera cabido denunciar su interpretación errónea, o su aplicación indebida según el supuesto, pero nunca su violación; mas ello, puesto que dicha técnica procesal ha quedado superada

por la nueva redacción dada al artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil por la señalada Ley reformadora, bastando la cita del precepto infringido sin el concepto por el que lo haya sido, como no cabe entender que el artículo 1.256 del Código Civil prohíba quede a la voluntad de uno de los contratantes, si existe en ello conformidad de ambos, el poder desistir, esto es abandonar, término éste utilizado en la cláusula, la relación jurídica creada por el contrato, lo que en ningún caso puede significar dejar el cumplimiento ni la validez del contrato al arbitrio de uno de los contratantes, así lo abona en el presente supuesto el que en la cláusula 14 del contrato se diga "durante la ejecución de la citada inversión", lo que quiere decir que da por cierto que el contrato ha quedado válidamente constituido y en vías de ejecución y de lo que se trata es autorizarle a poner fin a una situación jurídica válidamente constituida y en vías de cumplimiento o ejecución, sin que haya de suponer perjuicio alguno contractual cuando por otra parte se presente con una carga obligacional que determina una justa y equilibrada reciprocidad de intereses para con el otro contratante, extremo éste que, de no existir, pudiera en todo caso dar lugar a contrapartidas o necesarias previsiones, que es en realidad a las que se refiere cierto sector doctrinal como lo pudieran ser un cierto preaviso o incluso una indemnización, pero como se indica no es de aplicar al supuesto contemplado y consecuentemente al así entenderse y resolverse con todo acierto, en el recurrido laudo, llegando a la conclusión de que no es de aplicación al caso sometido a arbitraje el precitado artículo 1.256 del Código Civil, que por tanto no ha sido infringido el motivo ha de ser desestimado.

El motivo segundo del recurso, último por examinar, al igual que su anterior, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1.281 por el concepto de aplicación indebida, ya que la interpretación que hace el Tribunal arbitral de la cláusula decimocuarta del contrato difiere de la que correspondería de su interpretación literal; entraña pues un problema de interpretación de la cláusula decimocuarta del contrato, que se puede centrar en cuanto en la misma se dice: "reputándose a fondo perdido la inversión que hasta el momento (se refiere al del desistimiento o abandono del contrato por 'E.' hubiere realizado, sin que el titular pueda efectuar reclamación alguna", conviene recordar que según los hechos probados, en dicho momento, esto es, en 17 de abril de 1985, "E." tenía entregado a "E. U." la cantidad de 22.899.188 pesetas, y "E. U." de dicho importe, a lo que era objeto de contrato, sólo había aplicado entre gastos e inversiones, la cantidad de 13.060.660 pesetas; pues bien, sobre esta base entiende el Tribunal arbitral "E." no pierde todas las cantidades entregadas a 'E. U.', por virtud del contrato, sino tan sólo las invertidas por ésta, es decir, las aplicadas por 'E. U.' al cumplimiento de las finalidades especificadas en el contrato y anexos incorporados al mismo", mientras que para el recurrente del tenor literal del párrafo primero de la mentada cláusula no se colige precisamente tal conclusión sino más bien lo contrario, esto es que "E." pierde toda la cantidad entregada sin distinción alguna, y como según tiene declarado en constante jurisprudencia esta Sala, la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, en el presente supuesto por asimilación el Tribunal arbitral, cuyo criterio debe prevalecer en casación, aun en casos dudosos, salvo que circunstancias extremas de llegarse a un resultado ilógico seguramente de una clara infracción de alguna de las reglas de hermenéutica contractual; bástenos señalar, para la desestimación del motivo, que al ser perfectamente lógica, racional, como resultado de un análisis de hechos y normas interpretativas el resultado al que llega, en realidad de una inter-

pretación literal, ha de ser en consecuencia respetado en casación y decaído el motivo.

R. DE A.

CONTRATO DE FIANZA. RELACIONES ENTRE COFIADORES: ACCION DEL COFIADOR QUE PAGA LA DEUDA CONTRA LOS DEMAS COFIADORES. INTERPRETACION DEL ARTICULO 1.844, 3, DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—La acción de reintegro de la cuota parte proporcional de la fianza solidaria constituida por los dos litigantes y otros tres en garantía del préstamo concedido a la Entidad Mercantil "(I. y C. M., S.A.", por el "Banco de Vizcaya, S.A.", documentado en póliza de 31 de enero de 1979, de cuya Sociedad prestataria eran los cinco fiadores únicos accionistas, se debe a haber hecho efectivo el saldo deudor —principal e intereses convenidos, por el actor como tal fiador solidario, sin beneficio de excusión, orden, ni división al acreedor, en fecha 3 de marzo de 1982, sin haberse demandado judicialmente al deudor principal ni fiadores por la devolución del préstamo e intereses, ni encontrarse la Sociedad deudora y afianzada declarada en estado de quiebra. La demanda fue rechazada en primera instancia y en recurso de apelación íntegramente estimado, habiéndose formulado el recurso de casación por el demandado en vista de la condena, sin que este último recurso, en el que nos hallamos, se refiera a otro tema que el sucintamente aquí esbozado, ya que el correspondiente a la reconvencción que formuló al contestar la demanda, e igualmente rechazada en ambas instancias, aflore para nada en la motivación que integra el escrito de formalización de dicho recurso extraordinario.

Es relevante a efectos procesales la circunstancia de que ninguno de los motivos discurre por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni tampoco por el número 4.º del mismo precepto procesal, con cita de las normas de valoración de prueba procedentes, por lo que la versión fáctica de la sentencia recurrida queda incólume, al no haberse atacado ni como error de hecho ni por desobediencia a las reglas valorativas de los diversos instrumentos de prueba utilizados en el procedimiento, las conclusiones que en forma contundente y prolija se contienen en dicha resolución judicial.

El primer motivo amparado en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción del artículo 1.844-3.º del Código Civil por inaplicación y viene a ser el anverso del segundo motivo que por la misma vía casacional, número 5.º del artículo 1.692 ya invocado, acusa la infracción por aplicación indebida de los artículos 1.137, 1.138, 1.145, 1.822, 1.837 y 1.839 del mismo Cuerpo legal sustantivo, que constituye el reverso de una misma tesis casacional y en función, claro es, de la doctrina mantenida en la sentencia recurrida. Por ello han de ser conjuntamente analizados, y a tal efecto es preciso constatar, que de acuerdo con la interpretación integradora ordenada en el artículo 3-1 del Código Civil, no es viable la aplicación simplista del artículo 1.844-3.º del mismo Cuerpo legal, por la mera circunstancia de que no se haya demandado el pago del crédito afianzado por la entidad financiera acreedora, ni la

deudora principal esté formalmente declarada en quiebra; tales circunstancias han de tenerse en cuenta en supuestos como los previstos en las Sentencias de 19 de noviembre de 1982, 4 y 11 de junio de 1984, es decir, en casos de fianzas claras y terminantes de constitución de una garantía personal para el pago de un crédito de terceros y sin un interés propio mediano e inmediato, en cuyo caso aparece perfectamente configurada esa accesoriedad respecto del negocio principal garantido que es la esencia de este contrato de fianza, pero cuando como en el caso presente —como en otros muchos, como los enjuiciados en los recursos de casación concluidos por Sentencias de 7 de julio y de 16 de septiembre de 1988—, se verifica en forma incontrovertible que ese contrato de fianza viene en definitiva y en alguna medida a garantizar el pago de una deuda principal del que han de beneficiarse los propios fiadores, pierde ese carácter de accesoriedad *strictu sensu* con pérdida de muchos de los privilegios contenidos en la reglamentación especificada de la fianza a favor de los garantes, para que por razones de equidad y en evitación de un eventual enriquecimiento injusto pueda el que ha arrojado el riesgo de satisfacer la deuda en provecho de todos, deudor y cofiadores, pueda resarcirse en la cuantía proporcional correspondiente.

La sentencia recurrida, con conciencia y razonado acierto, ha sabido remarcar esas circunstancias que, por lo específicas, hacen declinar la propugnada aplicación del artículo 1.844-3 del Código Civil en su singular reglamentación de la fianza ordinaria y trasladarlas a la solidaridad ya prevenida en el artículo 1.822-2 del mismo Cuerpo legal, que contiene la dosis justa de equidad para evitar el enriquecimiento de quien de no hacerlo así se beneficiaría de una situación de pago resuelta por otro cofiador en trance de estar vencido dos años el préstamo, tomado como deudora principal por una sociedad de la que eran únicos socios precisamente los cinco fiadores solidarios, renunciando a los privilegios que la accesoriedad común proyecta sobre los garantes y que por intereses y gastos verían multiplicarse la responsabilidad contraída, y no se diga que la deudora principal tiene una personalidad jurídica distinta de los socios con el fin de poner de relieve esa accesoriedad de la fianza común, pues es sabido que de hecho en la realidad del tráfico mercantil esa "comunicabilidad patrimonial" entre el ente mercantil y sus socios —pocos socios—, se perfila como una posibilidad tangible a través de las "membranas" sutiles de la contabilidad que permiten esas operaciones osmóticas por cuyo conocimiento y en prevención de posibles fraudes fiscales se reglamenta el rendimiento entre la sociedad y los socios por el "régimen de transparencia" (art. 12 de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, y artículo 28 del Reglamento de 2 de noviembre de 1979; Decreto número 2.615/1979), lo que arguye en pro y con base en el artículo 3-1 del Código Civil ya invocado, en interpretar las leyes en su conjunto y con vista de la realidad social en que han de ser aplicadas.

De lo expuesto queda claro que las circunstancias fácticas aludidas en la sentencia recurrida y no desvirtuadas en el recurso perfilan una situación de "similar gravedad y trascendencia" a las prevenidas en el artículo 1.844-3, que aconsejan resolver la controversia conforme a lo dispuesto en los artículos 1.844-1, 1.822-2 y 1.137 a 1.148, y expresamente el artículo 1.145 del Código Civil, por lo que los dos motivos han de decaer. Pero es el caso además —apurando la cuestión—, que cuando se hizo el pago del descubierto total por el demandante se hizo constar en la póliza original de préstamo y fianza en diligencia de 3 de marzo de 1982 que "se cede el crédito a que se refiere la precedente póliza al avalista don Sinforoso G. S., quien queda subrogado totalmente en el lugar del Banco acreedor"; diligencia del negocio jurídico del pago y consiguiente cesión

del crédito que fue notificado **notarialmente** a los otros cofiadores solidarios, entre ellos al demandado ahora recurrente, en cuyo supuesto es evidente que el artículo 1.528 del Código Civil entraría también en juego en forma terminante, con una norma que corrobora obviamente la solución apuntada en la sentencia recurrida, lo que quiere decir que el recurrente tiene que responder ante el actor como si del propio Banco acreedor se tratara por su carácter de cofiador solidario y con renuncia de los privilegios de excusión, orden y división, como se dijo precedentemente.

R. DE A.

**CONTRATO DE OBRA: RUINA "FUNCIONAL". RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.
LA FIGURA DEL PROMOTOR (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1988).**

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—La sentencia impugnada estima la demanda interpuesta por los Presidentes de varias comunidades de propietarios, basada en la responsabilidad decenal prevista en el artículo 1.591 del Código Civil y condena solidariamente a la reparación de ruina en edificación al promotor y Aparejadores demandados, absolviendo a los Arquitectos.

Recorre el promotor, en casación, con dos motivos, el primero con apoyo en el artículo 1.692-5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1.591 y 1.902 del Código Civil y doctrina legal relativa al litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido demandado el contratista constructor y no existir actuación reproachable del promotor; y el segundo, al amparo del artículo 1.692-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aparecer documentalmente el carácter de promotor, no constructor, de este recurrente.

También recurren los demandados Aparejadores que establecen los siguientes motivos: 1.º Al amparo del artículo 1.692-3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 567 de dicha Ley, al no haberse practicado prueba pericial admitida. 2.º Con base en el artículo 1.692-4.º de la citada Ley, por no haberse tenido en cuenta el documento, proyecto obrante al folio 144 y siguientes, en el cual, al folio 155, aparece que la interpretación técnica del proyecto, el juicio sobre obras defectuosas y consiguiente orden de demolición y reposición, corresponden a los Arquitectos, no a los Aparejadores; y 3.º Fundado en el artículo 1.692-5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1.591 y 1.902 del Código Civil, al no describirse conducta negligente de quienes recurren.

En primer lugar debe examinarse el motivo primero de los Aparejadores, quienes alegan indefensión, por falta de práctica de una prueba, motivo que debe rechazarse, puesto que la pericial admitida y no practicada en primera instancia pudo —y debió— haberse solicitado en la segunda, en aplicación de los artículos 567-2.º y 862-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que no se cumple con lo dispuesto en el artículo 1.693 de dicha Ley, al no haberse intentado subsanar, en tiempo oportuno, la infracción procesal denunciada, sin que, por otra parte, exista una falta de prueba, ya que existen informes, de contenido pericial, reconocimiento judicial y documental procedente del Ayuntamiento y del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo.

Los dos motivos del promotor versan inmediatamente sobre la falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haberse demandado también al constructor, y en este aspecto han de ser rechazados por la constante doctrina de esta Sala, que declara el principio de responsabilidad solidaria cuando no se puedan separar las conductas causadas en casos de responsabilidad, por ruina, de promotores con contratistas, Arquitectos y Aparejadores, aunque tengan origen diferente (Sentencias de fechas 27 octubre de 1987, 22 abril y 17 mayo 1988, entre otras), lo que trae como consecuencia la inaplicabilidad del litisconsorcio pasivo necesario, ya que el perjudicado puede demandar a todos o algunos de los responsables solidarios, a su elección, en aplicación del artículo 1.144 del Código Civil.

Los errores en la apreciación de la prueba que plantean ambos recurrentes, no contradicen el hecho de la existencia de vicios originadores de ruina funcional, sino que propenden a demostrar que el promotor no era constructor y que los criterios de interpretación técnica del proyecto correspondían a los Arquitectos, cuestiones indiferentes, ya que la circunstancia de que existan o puedan existir responsabilidades ajenas, no excluye el enjuiciamiento de las propias.

Por último, la denunciada infracción de los artículos 1.591 y 1.902 del Código Civil carece de fundamento, puesto que la sentencia impugnada parte de la base indiscutida de la existencia del daño, del reconocido principio de solidaridad en casos de imposible distinción en la intensidad de la conducta causal de los tenidos como responsables y de los deberes genéricos de vigilancia del promotor y específicos del Aparejador (D. 16 julio 1935 y 19 febrero 1971, art. 1.º A-1-2-4-5), a quienes se reprocha la falta de inmediata inspección en la debida forma y cuidado, es decir, negligencia no contradicha con la demostración de la diligencia exigible, ante un evento dañoso en el que se produce la inversión de la carga de la prueba, no por una presunción de culpabilidad, sino porque la experiencia demuestra que no puede imponerse, en muchas ocasiones, al perjudicado, fe averiguación y prueba de la causa del daño que ha sufrido, cuando ha de hacer frente a la actuación de distintos profesionales, especialmente técnicos, que obtienen beneficio por sus actos y que han de aplicar reglas especiales de cuidado.

R. DE A.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXPLOSION DE GAS. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE Y DE DISTRIBUIDORES. DOCTRINA DEL RIESGO (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—El día 7 de septiembre de 1982 fueron trasladadas cinco botellas de gas propano a la fábrica de "H. M. G., S.A.", radicante en Campillos (Málaga), suministradas por la empresa "B., S.A.", y distribuidas por "C. N.", empresa de la que son titulares Vicente N. M. y Vicente N. M., que verifican tales operaciones de distribución de la mercancía auxiliados por personal a sus órdenes, que en esta ocasión eran Antonio N. R. y Pedro R. F., y con ocasión de tal distribución del gas propano, se produjo un gravísimo incendio en la fábrica de referencia que produjo cuantiosos daños materiales que fueron cubiertos en parte y dentro de los límites de la póliza de seguros suscrita por la sociedad propietaria del matadero industrial o fábrica siniestrada con la compañía asegu-

radora ahora demandante, cuyo reembolso reclama por vía subrogatoria, y el resto de los daños perpetrados por la propia entidad mercantil perjudicada, que igualmente demanda su reintegro, ejercitándose por ello la acción aquiliana prevista en los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil contra empleados de la distribuidora, contra los titulares de ésta y "B., S.A.", así como contra la aseguradora de la responsabilidad civil frente a terceros en que pudiera incurrir esta última como fabricante de la mercancía origen del daño producido. Las demandas separadamente promovidas por la entidad mercantil perjudicada y su aseguradora fueron admitidas a trámite sustanciándose los juicios ordinarios de mayor cuantía números 488/83 y 420/83, respectivamente, siendo acumulados finalmente los primeros autos a los segundos, recayendo sentencia de primer grado, desestimando en la instancia dichas demandas por defecto litis consorcial pasivo necesario, que fue revocada en grado de apelación, declarando haber lugar a las reclamaciones de cantidad formuladas en aquéllas.

Dado que no se ha formulado ningún motivo por vía del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que conduce a tener por conforme a la parte recurrente con los hechos declarados como tales en la sentencia recurrida y por ende como premisa incontestada, de la que hay que partir para la ordenada aplicación de las normas jurídicas pertinentes; ha de resolverse en primer lugar el motivo tercero que aunque por la vía del ordinal 5.º del mismo precepto procesal ha sido encauzado, al denunciar la violación del artículo 1.253 del Código Civil en cuanto que dicha norma contiene una regla de aplicación del medio indirecto de prueba, cual es de las presunciones, ha de constituir igualmente un factor determinante del *factum* sobre el que recaiga el silogismo judicial que toda resolución de este carácter encierra. El alegato del motivo denuncia su falta de aplicación y ello con base en que entiende que la sentencia omite las consecuencias de la intervención en las operaciones de descarga del camión de los señores N. ("C. N.") y depósito en el patio interior del matadero de dos empleados de la propia demandante "H.", Alfonso J. R. y Agustín M. V., según las propias declaraciones fácticas de la sentencia combatida, rompiendo con efecto negativo el nexo causal que entre tal intervención y su responsabilidad se establece por un enlace preciso y directo. El motivo parece a la sola consideración de que la sala *a quo* con plena soberanía en la valoración de las pruebas, concreta que Alfonso J. R. ayudó a Antonio N. R. a transportar alguna de las cinco botellas de gas del camión al patio interior de la factoría, pero poniendo de relieve que dos de las que ya habían sido transportadas al patio y que no se habían asegurado con una cadena existente en la pared cercana al lugar de su definitiva instalación, teniendo como tenían las bases de sustentación en deplorable estado, así como las roscas de las bases de acoplamiento de las caperuzas de protección de las válvulas, que no tenían puestas, y que al caer en momento no acreditado, si era al transportarlas a su batería de instalación definitiva o en otro no determinado, como quiera que el terreno estaba ligeramente inclinado, al caer —o rodar— golpearon con el quicio de una ventana rompiéndose las válvulas y derramándose el gas licuado, con el incendio consiguiente a la explosión que se produjo. Como se advierte en la sentencia, no se determina el momento de la intervención de los operarios de la actora en orden a la producción de la caída, rodamiento o choque de las bombonas contra el quicio de la ventana, rotura de las válvulas y derramamiento del gas líquido y por ello afirma rotundamente en el tercer considerando "que no estando debidamente acreditado.... ni tampoco si en esta caída intervino o no alguno de los operarios de la actora, lo que sí ha de estar fuera de toda duda es que la caída de tales bombonas

—causa mediata— se produjo como consecuencia, de un lado, del defectuoso estado de sus bases de sustentación, y de otro por haber sido dejadas en posición vertical sin asegurarlas debidamente del peligro de la caída, con la cadena allí existente a tales fines, y a pesar de que el suelo se encontraba ligeramente inclinado, apareciendo así claro que tales hechos —defectuoso estado de las bombonas y deficiente colocación de las mismas en el patio de la fábrica— han de tenerse como causas mediatas, pero eficientes, en la producción del resultado dañoso". Por lo tanto, al no puntualizarse en la sentencia recurrida la intervención concreta de los operarios en ninguna de esas causas mediatas, puesto que no se ha acreditado tal intervención en el proceso de caída, lo que constituye un hecho de los previstos en el artículo 1.249 del Código Civil y que al no atacarse por la única vía posible del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es base imprescindible para poder entrar en juego el artículo 1.253 del mismo Código sustantivo, como propugna la recurrente, quíerese decir que en buena hermenéutica ha sido correcta la omisión de este último precepto, cuya inaplicación ahora se acusa. Baste saber que al ser difícil, si no imposible, contrastar *a posteriori* la actuación precisa de cada uno de los intervinientes en las operaciones de traslado y depósito, lo incuestionable es la falta de seguridad de las bombonas, tanto en su estado de base de sustentación como en las roscas de acoplamiento de las caperuzas de protección de las válvulas, que no tenían puestas, y en la misma colocación de tales envases en plano inclinado sin agarre con la cadena, cuyos detalles técnico-prácticos son los propios fabricantes, distribuidores, transportistas y sus dependientes, los que con mejor conocimiento de causa están obligados a cuidar por el estado de vasijas, transporte y acondicionamiento, y a extremar las cautelas en previsión de accidentes como el que es objeto de la litis.

El cuarto motivo, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la violación de la jurisprudencia cuyas sentencias invoca, en relación con el artículo 1.103 del Código Civil en punto a la compensación de culpas. Ello no puede tener, como consecuencia de lo expuesto en el fundamento jurídico precedente, el menor éxito, pues partiendo de la cointervención culpable de la propia actora dueña de la factoría a través de sus operarios en la producción del daño, propugna tal compensación, con fundamento en esta concurrencia, que elimina la exclusividad proyectada por la sentencia contra los distribuidores del gas y de "B., S.A.", como su fabricante, todo lo cual, implicando hacer supuesto de la cuestión en la argumentación del motivo, se incurre de esta suerte en el defecto casacional unánimemente rechazado por la doctrina de esta Sala, ya que el *factum* proclamado por la Sala de Apelación no ha sido desvirtuado.

El primer motivo, también por el cauce del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa la infracción de la doctrina en orden al litisconsorcio pasivo necesario, lo que está íntimamente relacionado con los motivos tercero y cuarto ya examinados y rechazados, ya que parte del supuesto erróneo de concurrencia culpable de los operarios de la fábrica siniestrada. Pero el motivo decae, porque aunque así fuera, que no lo es, ciertamente que conforme a la doctrina de esta Sala, al tratarse de una concurrencia o concatenación de culpas en el proceso dinámico del siniestro cuando éstas son ingraduables, por no ser técnicamente posible establecer con símbolos matemáticos ese porcentaje de influencia personal, por acción u omisión, en la producción del evento dañoso, se establece por razones de seguridad e interés social una solidaridad, que por aplicación del artículo 1.144 del Código Civil excluye la necesidad de

demandar a todos y cada uno de los intervinientes en el proceso de realización del daño, lo que obviamente no empece que si alguno o algunos de los condenados estima que alguno de los no convocados al juicio en que se le condenó fue cooperante culpable en dicho proceso dinámico del daño, pueda a su vez reclamar su cuota de responsabilidad civil en la indemnización económica del perjuicio ocasionado (Sentencias de 7 de febrero, 17 de febrero y 8 de mayo de 1986, 16 de octubre, 1 de diciembre y 19 de diciembre de 1987, y art. 1.145 del Código Civil).

El segundo motivo, con apoyo en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil por aplicación indebida, en cuanto que tal norma consagra el principio de responsabilidad por culpa. El motivo va dirigido a obtener la exculpación de "B., S.A.", sin advertir que tal pretensión contradice la jurisprudencia consolidada en punto a la culpa *in eligendo* o *in vigilando* que se proyecta sobre tal sociedad respecto de sus distribuidores (S. 10 mayo 1986), máxime tratándose de mercancía sumamente peligrosa y con envases de producción y mantenimiento propio y exclusivo que debe inspeccionar en sus depósitos al ser rellenados, de cuyo tráfico mercantil creador de latentes riesgos es la principal beneficiaria y de la que solamente podría eximirse, es decir, en cuanto a la responsabilidad civil resultante, probando que había extremado tal empresa esa diligencia en tales términos que no hubiera más conclusión, por exclusión, que la producción del daño se haya debido a caso fortuito o fuerza mayor, pues a ello le obliga el *onus probandi* en razón del principio de inversión de la carga de la prueba (Sentencias de 24 de enero y 17 de julio de 1986), que define en la práctica, con vista de la evolución de la doctrina en torno a la culpa aquiliana de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, la finalidad social ya señalada de la protección de terceros en los irremediables avances tecnológicos de las actividades humanas que llevan aparejadas tangibles peligros y riesgos, por todo lo cual el motivo fracasa.

Rechazados todos los motivos se desestima el recurso, con las consecuencias previstas en el artículo 1.715 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. DE A.

RESPONSABILIDAD CIVIL. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA CUANDO NO SE PUEDEN INDIVIDUALIZAR LAS ACTUACIONES. NO ES PRECISO DEMANDAR A LA ASEGURADORA. RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO: CUANDO EXISTE DEPENDENCIA (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Los hechos básicos que sirven de soporte al proceso del que este recurso dimana son, en síntesis, los siguientes: a) El día 29 de junio 1982, cuando en la finca denominada "Torre Mure", propiedad de don Ricardo L. M., sita en término municipal de Córdoba, trabajaba en las faenas de recolección de la cosecha de trigo una máquina cosechadora, propiedad de don Pedro R. D. y conducida por don Fernando M. D., se originó un incendio, que se extendió a la finca colindante, denominada "Torre Aladid", propiedad de los hermanos señores Z. C., cuya cosecha de trigo quedó destruida por el fuego. b) A virtud del seguro

contra incendios que los hermanos señores Z. C. tenían concertado con la entidad "Mutua General de Seguros", ésta hizo efectivo a los referidos hermanos el importe de los daños causados en la cosecha de trigo de la finca de su propiedad, como consecuencia del expresado incendio, por cantidad de (7.064.050 pesetas); c) La expresada entidad aseguradora, subrogándose en los derechos de sus asegurados, promovió juicio declarativo de mayor cuantía, ejercitando acción de responsabilidad por culpa extracontractual contra don Ricardo L. M., don Fernando M. D. y don Pedro R. D. en reclamación de la expresada cantidad, en cuyo proceso, tanto la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Córdoba, como la pronunciada en grado de apelación por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, que confirma íntegramente la de primer grado, condenan a los demandados a pagar, como deudores solidarios, a la entidad demandante, la expresada cantidad. Contra la citada sentencia de la Audiencia, el demandado don Ricardo L. M. interpone el presente recurso de casación, que articula a través de cuatro motivos.

Por el primero de los citados motivos, con sede procesal en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurrente denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario, "al no haber sido demandada la compañía aseguradora de los daños derivados de los posibles incendios provocados por las máquinas cosechadoras empleadas en la recolección", cuyo motivo no puede tener otro destino que el de su claudicación, ya que, por un lado, en el presente supuesto litigioso fueron demandados todos los que aparecen como presuntos responsables culposos del incendio objeto de litis, cuales son el conductor de la cosechadora, el dueño de ésta (los cuales, por cierto, han consentido la sentencia recaída en la instancia) y el dueño, aquí recurrente, de la finca en que se originó el referido incendio y a cuyo servicio trabajaba la aludida cosechadora, sin que sea exigible a los perjudicados que dirigieran también su acción contra la entidad, desconocida por ellos, con la que el dueño de la cosechadora pudiera tener concertado un seguro que cubriera el expresado riesgo, pues dicho seguro pertenece únicamente al ámbito de las relaciones internas que puedan existir entre el dueño de la cosechadora y su entidad aseguradora, y, por otro, e íntimamente relacionado con lo anterior, porque es reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias de 6 noviembre de 1980, 28 de mayo de 1982, 28 de enero y 7 de febrero de 1986, 16 de octubre y 19 de diciembre de 1987), la de que en los supuestos de culpa extracontractual, en el caso de haberse producido el evento dañoso indemnizable por la acción u omisión de diversas personas y no siendo posible la individualización de referidas actuaciones, surgen entre los intervinientes la figura de la solidaridad, que impide pueda prosperar en estos casos la excepción de litis consorcio pasivo necesario, ya que es facultad del perjudicado en tales hipótesis el dirigirse contra todos o algunos de los presuntos responsables del daño, doctrina que es plenamente aplicable al presente caso, pues si, con arreglo a ella, los perjudicados podían no haber demandado a alguno de los presuntos responsables, sin incurrir por ello en una defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal, con idéntica o mayor razón pueden no demandar a la supuesta entidad, que no tenía por qué serles conocida, con la que el mismo pudiera tener concertado Un seguro que le cubriera el expresado riesgo.

Por medio del segundo motivo, 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, que pretende derivar del testimonio de las diligencias previas número 1.496/82 del Juzgado de Instrucción número 2 de los de Córdo-

ba, obrantes a los folios 94 al 118 de los autos, y específicamente del obrante al folio 98 de los mismos, que contiene la declaración que el conductor de la cosechadora prestó ante la Guardia Civil, en el atestado instruido por ésta con motivo del incendio objeto de litis. El decaimiento del expresado motivo ha de venir impuesto no sólo por la consideración de que, según reiterada doctrina de esta Sala, no tienen condición de documentos idóneos para poder servir de fundamento a este motivo los testimonios de lo actuado en vía penal (Sentencias de 8 de mayo, 3 de julio y 12 de noviembre de 1984; 31 de enero de 1985; 4 de febrero de 1987), ni los atestados de la Guardia Civil (Sentencias de 10 de febrero, 17 de septiembre y 24 de octubre de 1987, por citar las más recientes), sino también porque el expresado testimonio de las actuaciones penales ya ha sido tenido en cuenta por la Sala de instancia en su valoración de toda la prueba practicada, lo que igualmente le priva de idoneidad para el fin aquí contemplado, en cuya valoración el expresado órgano jurisdiccional de apelación, en plena coincidencia con el de primer grado, ha obtenido la conclusión, que esta Sala comparte, de que el incendio objeto de litis fue originado por una chispa desprendida de la cosechadora que trabajaba en las faenas de recolección de la cosecha en la finca propiedad del recurrente.

Sobre la alegación de que el conductor de la cosechadora no trabajaba a su servicio y bajo su dependencia, sino que lo hacía para el señor R. D., propietario de dicha máquina, el recurrente don Ricardo L. M., propietario de la finca en la que se efectuaba la recolección de la cosecha por dicho medio, articula el motivo tercero, al amparo procesal del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el que denuncia "infracción, por indebida aplicación, de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, al condenar al dueño de la finca como responsable, sin tener en cuenta que entre él y el conductor de la cosechadora no existía relación de dependencia por pertenecer éste a otra empresa, y de la doctrina jurisprudencial que exige la existencia de esa relación de dependencia para que se produzca la aplicación del párrafo cuarto del artículo 1.903". El fenecimiento del expresado motivo ha de venir impuesto por las siguientes consideraciones: a) De los aspectos fácticos y jurídicos que integran toda responsabilidad por culpa extracontractual, al ámbito de los primeros pertenece la apreciación de la existencia o no de la relación jerárquica o de dependencia que condiciona la responsabilidad por hecho de otro, con arreglo al párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código Civil, siendo tal *quaestio facti* solamente atacable por el cauce del ordinal cuarto, y como la sentencia recurrida considera probada, en el presente supuesto, la relación de dependencia del conductor de la cosechadora respecto del dueño de la finca, aquí recurrente, en la que aquél trabajaba para la recolección de su cosecha, cuando afirma que "no consta que aquellos trabajos de recolección se verificaran con plena autonomía e independencia del dueño de la finca, lo que no es lógico en circunstancias normales", tal hecho que la Sala de apelación considera probado, al no haber sido combatido por el cauce procesal adecuado, ha de ser mantenido incólume en esta vía casacional. b) Aunque tal relación de dependencia no existiera, tampoco podría el presente motivo alcanzar éxito alguno, pues la responsabilidad del dueño de la finca en la que se originó el incendio no solamente la declaran los juzgadores de la instancia en concepto de responsabilidad por hecho de otro, sino también como derivada de conducta propia, conforme al artículo 1.902 del Código Civil, como afirma la sentencia recurrida, cuando, a este respecto, dice que "no puede olvidarse que el fuego se propagó a la otra finca y no se ha demostrado que se hubieran tomado las medidas necesarias para evitar la extensión del previsible riesgo de incendio,

sin que las supuestamente adoptadas fueran suficientes para eliminarlo, lo que siempre atraería para ese dueño la aplicación del artículo 1.902 del mismo Código".

El cuarto y último motivo, con la misma sede procesal que el anterior, por el que denuncia infracción, por indebida aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, en relación con el 1.105 del mismo Código, pretende sustentarlo el recurrente en la alegación, basada en doctrina de esta Sala, de que la responsabilidad por culpa *in eligendo o in vigilando* del empresario presupone inexcusablemente una culpa *in operando* por parte del dependiente o empleado, a cuyo motivo, en cierto aspecto contradictorio con el anterior, ha de corresponder el mismo destino *desestimatorio*, pues aparece probado, como ya se dijo al estudiar el motivo segundo, que el incendio se originó por una chispa desprendida de la cosechadora, así como que no se ha acreditado que se adoptaran las precauciones necesarias para evitar que tal evento se produjera, a lo que ha de añadirse, reiterando lo ya dicho al estudiar el motivo anterior, que la responsabilidad del aquí recurrente, en su calidad de dueño de la finca en que se originó el incendio, no solamente viene determinada por la culpa *in operando* de su dependiente, sino también por culpa propia, al no tener adoptadas las medidas necesarias y no ser suficientes las tomadas para evitar que el fuego se extendiera a otra finca distinta de la suya.

R. DE A.

DONACION SIMULADA BAJO LA FORMA DE COMPRAVENTA: INEXISTENCIA
(SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—Se procede a continuación al estudio de los motivos quinto y sexto, ambos fundamentados en el número 5 del mismo precepto que los anteriores y en los cuales se atribuye a la sentencia recurrida la infracción de "los artículos 1.244, 1.276 y 1.277 del Código Civil, así como de la jurisprudencia que precisará, infracciones que resultan de haberse declarado nula la compraventa por falta de precio y no estimar válida la donación, con causa lícita" (motivo quinto), y la de "los artículos 618, 619, 630, 633, así como el 1.216 del Código Civil, y de la jurisprudencia relativa a los mismos, ya que no obstante admitir la sentencia combatida, que puede ser válida la donación encubierta bajo la apariencia de un contrato simulado de compraventa, dejan de aplicarse los preceptos mencionados" (motivación sexta). Ninguno de dichos motivos es de estimar, dado que siguen partiendo de algo distinto a lo que aparece clara y adecuadamente declarado por el Tribunal de apelación: que el contrato de compraventa es plenamente simulado y que la donación no es válida; y así el recurrente no ha tenido para nada en cuenta, ni en lo que hace al contrato de compraventa o que su simulación es consecuencia de carecer de causa y de precio; ni en orden a la donación o independientemente de lo relativo a los problemas que en la doctrina tanto científica como jurisprudencial plantea la hipótesis de la simulación de una compraventa y la licitud o validez de la donación ínsita en el mismo contrato, por no ser cuestión de tratar aquí, que resulta

evidente que según una muy constante doctrina de esta Sala, para la validez y **efectividad** de estas donaciones es preciso que en ellas concurren las condiciones y requisitos tanto formales como sustantivos imprescindibles para su validez y eficacia jurídica, lo que no acontece en este concreto supuesto; dado que como muy bien dice la Sala *a quo*, "el hecho de que el requisito de la escritura pública se cumpla bajo la forma de compraventa es una argumentación que carece de eficacia en cuanto él cumple los requisitos que se requieren para su especial naturaleza, pero no los necesarios para la donación; falta pues en este caso el requisito imprescindible de la forma", "pero es que además tampoco existe el *animus donandi* ni circunstancias del que pueda inferirse" (fundamento quinto de su sentencia); y no se cumplió el requisito de forma, como indica la sentencia impugnada en cuanto que la donación respecto de cuya existencia tanto insiste el recurrente aparece en todo caso en un documento privado.

Por último, los motivos séptimo, octavo y noveno **denuncian** con apoyo en el mismo ordinal y artículo que los inmediatos anteriores, la infracción del artículo 1.253, en relación con los 609 y 1.642 del Código Civil, sobre la transmisión del dominio, dado que es parte de unos hechos por el Tribunal sentenciador que declara probados para **llegar** después a conclusiones **faltas** de lógica (motivo séptimo); la infracción del artículo 1.282 del Código Civil, relativo a la interpretación de los contratos (motivación octava) y la infracción de los artículos 6.º-2 y 3, 1.901, 1.256, 1.258 y 1.275 del **Código** Civil (motivo noveno). Las tres motivaciones decaen, además de por los razonamientos que se han dejado expuestos, que conducen evidentemente a este resultado, porque, en lo que al séptimo se refiere, dado que el resultado a que llega en primer lugar el juzgador de instancia y luego el de apelación, no es fruto de conjeturas ni presunciones, sino directamente obtenido del examen y valoración de la prueba practicada y muy especialmente de la interpretación del contenido de los documentos público y privado en que pretende apoyarse el recurrente; y en cuanto a los octavo y noveno, precisamente por la adecuada y lógica exégesis que la Sala *a quo* ha realizado de referidos documentos, que conducen a estimar la declarada ausencia de causa en el contrato cuestionado, sin olvidar la del precio respecto a la compraventa y la de la voluntad o *animus donandi* si de una donación se **tratare**.

R. DE A.

**LETRA DE CAMBIO. FALTA DE PROTESTO EN ACCION DIRECTA DEL TENE-
DOR CONTRA EL ACEPTANTE, EN JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO
(SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1989).**

En el **primero** de los motivos que se ofrecen al estudio de esta Sala, cuya ubicación procesal se encuentra en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, se acusa la infracción de los artículos 504 y 505 del Código de Comercio por parte de la sentencia impugnada, con base en que en su fundamento cuarto se dice "que el protesto no se ha levantado debidamente en cuanto a las cambiales aportadas como documentos 6 y 8, en que se ha quebrantado el artículo 505 del Código de Comercio, ya que el único domicilio indicado en ellas está equivocado —Barquillo 4, en lugar de 43—, por lo que los protestos carecieron de garantías para el deudor". Sin embargo, el artículo 505 del Código de Comercio establece, sin **ningún** género de dudas, que el *único domicilio legal* para practicar

la notificación del protesto será el designado en la letra, si no hubiere más que uno, para toda clase de protestos", precepto éste que en opinión de la entidad recurrente ha sido interpretado erróneamente por la Sala de apelación, dando lugar a este motivo.

La motivación descrita merece ser acogida, por cuanto: 1.º) Se ejercita por la entidad actora y ahora recurrida no la acción cambiaria ejecutiva sino la cambiaria ordinaria en juicio declarativo de menor cuantía, lo que introduce unos muy interesantes matices en orden a requisitos y circunstancias de las cambiales que sirven de fundamento a la pretensión esgrimida, según ya tiene declarado con reiteración esta Sala. 2.º) Por otra parte, es de tener en cuenta que referida *actio* la ejercita en este caso el tenedor de las cambiales (Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona) contra la aceptante de las mismas, "C. de I. para L., S.A.". 3.º) Se trata, por tanto, del supuesto de la acción directa del tenedor contra el aceptante y no, en consecuencia, de una acción de regreso. 4.º) Como tiene establecido esta Sala de modo reiterado, al aceptante no le excusa de su obligación de pago la falta de protesto de las cambiales, al ser éste un requisito sólo indispensable para el ejercicio de la acción de regreso contra el librador y los endosantes, subsistiendo, por tanto, en este caso la acción cambiaria ordinaria contra dicho aceptante (Sentencias, entre otras, de 17 de octubre y 17 de noviembre de 1986). 5.º) Esta idea viene corroborada por la Sentencia de 21 de marzo de 1988, que al completar magistralmente la doctrina relativa a los posibles efectos de un proceso defectuoso, cuando a consecuencia de él puedan resultar perjudicados los derechos de los legitimados regresivamente tanto por vía ordinaria como ejecutiva, pone de relieve cómo en aquellos casos en que cual el aquí contemplado se ha ejercitado la acción directa contra el aceptante, los defectos que en la sentencia impugnada se atribuyen a los protestos de las dos letras con relación a las que se admitió el recurso de apelación, no son de tener en cuenta, al no existir respecto de ellos posibilidad de regreso, tanto por el ya indicado motivo de haberse ejercitado la acción directa contra el aceptante como por no constar se haya hecho uso por el tenedor de las cambiales protestadas (la Caja de Ahorros recurrente) de lo dispuesto en el artículo 517 del Código de Comercio en orden a las notificaciones del protesto al librador y endosantes.

R. DE A.

APARCERIA: RESOLUCION DEL CONTRATO (ACCION QUE DEBE EJERCITARSE. DEFECTO EN EL MODO DE PROPONER LA DEMANDA: NO EXISTE). CARGA DE PRUEBA (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1989).

El primer motivo, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción, "por violación, por inaplicación del artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con lo dispuesto en el artículo 533 del mismo Cuerpo Legal", toda vez que el procedimiento para obtener la declaración judicial resolutoria del contrato de aparecería no puede ser otro que el juicio *especial* de desahucio; a este respecto es de señalar que en la contestación a la demanda se alegó la excepción sexta del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 524 del mismo cuerpo legal, según dicho artículo 533 será admisible como excepción dilatoria el defecto legal

en el modo de proponer la demanda y se entenderá que existe este defecto cuando la demanda no reúna los requisitos a que se refiere el artículo 524; se refería el demandado a no haberse expresado en la demanda la clase de acción que se ejercita, para tras señalar las que "desde nuestro punto de vista" pudieran ejercitarse y en relación a cada una de ellas, determinar las consecuencias que se derivarían tanto en relación a la competencia objetiva, o en orden al procedimiento; estimó el Juez de Primera Instancia que dada la materia objeto de litis el procedimiento adecuado lo es el especial del juicio de desahucio y por tanto inadecuado el ordinario de menor cuantía que fue el elegido por la actora; no entró en consecuencia a conocer de la expresada excepción alegada; para el Tribunal de apelación eran dos las excepciones dilatorias invocadas por el demandado examinando primeramente cuanto afecta al modo de proponer la demanda, artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que desestima razonando con perfecto criterio y fundamento, que carece de consistencia jurídica para su estimación, pues según es doctrina de esta Sala la naturaleza de la acción ejercitada no se califica tanto por la invocación que en la demanda se haga de una norma legal, como por hechos alegados y lo pedido en la súplica, deduciendo que la ejercitada "es claramente declarativa de dominio y reivindicatoria"; para seguidamente examinar la de inadecuación de procedimiento, llegando a la conclusión que la declaración de derechos exige un amplio entramado probatorio y de importantes garantías procesales, teniendo uno y otro su incardinación en la normativa de un juicio declarativo, por lo que al igual que la anterior excepción también ésta es rechazada; en el motivo, como quedó indicado, se cita como artículo infringido el 524 de la Ley procesal para después relacionarlo con el 533, sin especificar a cuál de las excepciones que se recogen se refiere, y aparte de que el cauce procesal no sea el adecuado, ya que lo es el del número o causa segunda, puesto que es a la inadecuación del procedimiento al que se quiere referir, es lo cierto que tanto se entienda como defecto legal en el modo de proponer la demanda o, como de inadecuación de procedimiento, es la verdad que al haber quedado resuelta una y otra de dichas cuestiones acertadamente por el juzgador de instancia, de tal modo que volver a considerarlas no sería sino insistir en repeticiones que habrían de resultar ociosas, el motivo ha de ser desestimado.

El motivo tercero, de examen previo a su anterior, por afectar a la *quaestio facti* amparado en la causa cuarta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos que demuestran "la equivocación de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres", ya que de tales documentos resulta acreditado que mi representado antes de fallecer su padre venía liquidando con su tía la actora como aparcero; no hay una cita o señalamiento expreso de los documentos concretos de los que pudiera evidenciarse tal error, quizá bajo la creencia que su conclusión apreciativa es bastante para hacer prevalecer dicha conclusión sobre la del juzgador y como tampoco cabe la referencia que se hace a la prueba de confesión judicial de ambas partes, el motivo ha de ser desestimado.

El motivo segundo, amparado en la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia "la violación, por aplicación indebida", del artículo 1.214 del Código Civil, y aunque dichos conceptos son antagónicos, haciendo caso omiso y teniendo por denunciada la infracción de dicho precepto el motivo ha de ser desestimado, puesto que, contrariamente a lo declarado en la sentencia de que de la apreciación conjunta de las pruebas practicadas no hay bases para poder defender la existencia de un contrato de aparcería entre los

hoy litigantes, sin que pueda admitirse esa pretendida subrogación del demandado en el contrato de aparcería que su padre estipuló con la actora, subrogación no probada en autos "y siendo tal hecho incumbencia del demandado según previene el artículo 1.214 del Código Civil y estar gravitando el motivo de oposición a la demanda en la existencia entre los litigantes de ese pretendido contrato de aparcería", sienta el recurrente "que partiendo del reconocimiento de un contrato de aparcería anterior, es a la parte actora a la que incumbe la prueba de su extinción", por lo que invariables los hechos declarados probados por la recurrida sentencia no se infringe el invocado precepto, y por tanto el motivo ha de ser desestimado.

R. DE A.

INTERPRETACION DEL CONTRATO: CONDICION SUSPENSIVA O RESOLUTORIA. LA CONDUCTA DE LAS PARTES. ENRIQUECIMIENTO INJUSTO (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1988).

El día 30 de diciembre de 1978, "La F." y "C. e I. P.", ambas sociedades anónimas, pactaron contrato reflejado en documento privado de esa fecha (folios 12 a 15), que denominaron de compromiso de compraventa, concerniente a la parcela de terreno que allí circunstancian; estipulándose (primera) que "F." se compromete a vender y "P." acepta el compromiso de venta a su favor; se fija (segunda) el precio de la compraventa; el modo en que habrá de abonarse (tercera) y se efectúa como primera entrega la de cuatro millones de pesetas mediante talón de la misma fecha que el contrato, contra la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, "el cual una vez sea hecho efectivo por la entidad bancaria (dice) se aplicará en concepto de señal, que dará por recibida 'La F., S.A.', sirviendo el presente documento de recibo en forma"; estableciéndose el reajuste del precio si de la cédula urbanística resultase una superficie edificable inferior o superior a los 12.700 metros cuadrados (cuarta); se atribuyen los gastos registrales a "La F.," (quinta), y los honorarios del proyecto, dirección de obras y licencia para las mismas a "P." (sexta); fijándose la posesión de la parcela en la fecha de la firma de la escritura pública posterior a los pagos a que se hace referencia (séptima); los gastos de dicha escritura se atribuyen, así como los impuestos, a "P." (novena); se pacta el otorgamiento en los diez días siguientes a la inscripción en el Registro de la Propiedad de los títulos resultantes de la reparcelación (décima) y la sumisión a los Tribunales de Madrid. De particular interés para el litigio es la cláusula octava, que, literalmente copiada, dice así: "Salvo nuevo acuerdo, de no extenderse por el Ayuntamiento de Móstoles (Madrid) la cédula urbanística correspondiente a la parcela 11 antes del 15 de marzo de 1979, quedará sin efecto ni valor alguno el presente compromiso de compraventa, procediéndose por "La F., S.A.", a devolver a "C. e I. P., S.A.", en plazo no superior a quince días, los cuatro millones de pesetas recibidos en concepto de señal, sin que ambas partes tengan que reclamarse cantidad alguna por ningún concepto.

Según la sentencia del Juzgado, cuyos fundamentos de derecho acepta la Audiencia, dicha cláusula octava ofrece un negocio bajo condición, pues si el Ayuntamiento extiende la cédula urbanística antes del 15 de marzo de 1979, el contrato perdura; pero si el Ayuntamiento no extiende la cédula urbanística

antes del 15 de marzo de 1979, el contrato queda resuelto y "La F." tiene que devolver los 4.000.000 de pesetas recibidos, en plazo no superior a quince días, pues así resulta de la dogmática de los negocios sujetos a condición y en particular del artículo 1.114 del Código Civil. La cédula urbanística fue aprobada por la Comisión Municipal del Ayuntamiento de Móstoles en la sesión del día 15 de marzo de 1979. Sobre este antecedente entiende que la condición extintiva operó, ya que la cédula urbanística no fue extendida hasta el 16 del mismo mes de marzo, día siguiente al de su aprobación y, por lo tanto, se extendió después y no antes del 15 de marzo de 1979.

Según la sentencia de la Audiencia, que es la impugnada por el recurso, "la cuestión nuclear no es otra que la relativa a la interpretación de la cláusula 8.^a del contrato" y aparece claro "que el compromiso recíproco de vender que contraía la demandada y el de comprar asumido por la entidad actora venía condicionado a la circunstancia de que 'antes' del día 15 de marzo de 1979 el Ayuntamiento de Móstoles hubiese extendido la cédula urbanística correspondiente a la parcela objeto de la convención", y "de la prueba obrante en autos se desprende que la Comisión Municipal Permanente de la Corporación, el mismo día 15 de marzo de 1979, conoció y aprobó la concesión de la referida Cédula, lo que supone que no pudo en ningún momento extenderse 'antes' de la fecha que venía condicionado (*sic*) la validez definitiva de la operación concertada", entrando en juego la referida cláusula al estar previsto en la misma "quedaría sin efecto ni valor alguno el compromiso de venta, procediéndose por la entidad demandada a devolver a la actora los 4.000.000 que en su momento recibió en concepto de señal. Consecuentemente, confirma la sentencia del juzgado cuyos fundamentos acepta, y que había accedido a tal devolución y condena a la misma a la sociedad demandada.

El primero de los motivos del recurso, por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de hecho basado en documentos que obran en autos y que demuestran, a su juicio, la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Señala este motivo al efecto de denotar el error de hecho padecido por el juzgador, la certificación expedida por el Ayuntamiento de Móstoles, de fecha 2 de febrero de 1983 (folio 352); de la que resulta que con fecha 16 de marzo de 1979 fue solicitado por "La F., S.A.", licencia para realizar unas obras consistentes en la construcción de 114 viviendas, local comercial y garaje, cuya licencia fue concedida con fecha 5 de abril de 1979. Esta petición de licencia, efectuada el día 16 de marzo de 1979, o sea el inmediatamente siguiente a la fecha tope de la estipulación octava, no es, a juicio de este motivo del recurso, "sino una muestra clara de que los litigantes consideraban vigente ese compromiso que debería haber llevado a la consumación de la compraventa"; máxime que por dicha licencia hubo de abonarse una tasa importante 3.723.191 pesetas. Otro documento que denota igualmente (según el recurso) el error padecido por el juzgador es la certificación expedida por el Colegio de Arquitectos de Madrid (folio 348), que justifica el visado del proyecto, con fecha 26 de marzo de 1979, argumentándose por el motivo que "pocos días después de ese 15 de marzo de 1979 previsto en la estipulación octava (sólo once días después) ya se estaba visando el proyecto básico, abonándose por honorarios de su redacción 4.852.574 pesetas". Finalmente, se aduce como otro documento demostrativo del error, el acta notarial de 20 de abril de 1979, manifestativa de que hasta el 20 de abril de 1979 no se requirió a "La F."; para la devolución de la parte de precio entregada como señal, lo que es objeto de dicha acta (folios 21 a 24, de los que resulta haberse

efectuado tal requerimiento, de "P.", "La F.", según acta de fecha 18 de abril de 1979, practicándose el requerimiento el siguiente día 20, siendo contestado el 23).

Este motivo debe ser desestimado porque los documentos que se dejan invocados y quedan reseñados no son bastantes a convencer de error a la Audiencia cuando ésta afirma en la sentencia impugnada "se desprende de las actuaciones y pese a que lógicamente pudieron producirse contactos y gestiones al respecto (que) no se llegó a acuerdo alguno". Las "negociaciones" a que se hace referencia "no pueden llevar sin más a concluir la intención de la actora de prorrogar el plazo contractualmente establecido, renunciando a la devolución de la cantidad entregada inicialmente con vista a la plena consumación de lo convenido".

Aun al margen de tan rotunda afirmación, aseverativa de que no se obtuvo "nuevo acuerdo" modificativo de la cláusula octava y que paliase el de dejar "sin efecto ni valor alguno" el contrato junto con el de "devolver a 'C. e I. P., S.A.', en plazo no superior a los quince días, los 4.000.000 de pesetas recibidas en concepto de señal sin que ambas partes tengan que reclamarse cantidad alguna por ningún concepto" —sin perjuicio, se repite, de tal aseveración— los documentos invocados más bien la corroboran, por cuanto el acta notarial, que es de 20 de abril de 1979, o sea apenas transcurrido el plazo de los quince días siguientes a la fecha límite del 15 de marzo antecedente, no tiene otro contenido sino el de reclamar la cantidad objeto del presente litigio por los propios fundamentos que ya allí se aducen; y ni el pago de la tasa de la licencia ni el de honorarios devengados por la redacción del proyecto técnico conciernen a la prórroga del plazo contractual.

El motivo tercero, por el cauce del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega infracción de lo dispuesto en el artículo 1.282 del Código Civil a tenor del cual "para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato. La aplicación de dicho artículo se postula sobre la base de las ocurrencias posteriores al 15 de marzo de 1979 que hemos examinado (dice) con detalle en el motivo primero de este recurso, dándolo aquí por reproducido".

Este motivo, por lo dicho, no tiene otro contenido diverso del propio del motivo primero, ya examinado y desestimado; presentándose los mismos hechos que allí se aducían como demostrativos de error padecido **por** el juzgador en la apreciación de la prueba, ahora como justificativos de error en la interpretación del contrato de 30 de diciembre de 1978, perpetrado por la Sala al disponer la repetición de la parte de precio entregada. Y merece seguir la misma suerte, máxime que, según doctrina de esta Sala tan reiterada que se excusa la cita de sentencias que la contengan, la interpretación efectuada por la Audiencia debe prevalecer, incluso existiendo dudas sobre su bondad, a salvo que aparezca manifiestamente errónea o absurda y sea imposible su mantenimiento.

En tema de interpretación del contrato debe desestimarse aquí a continuación del motivo tercero, también el quinto, que, con invocación del artículo 1.284 del Código Civil, sostiene que "en el cómputo del plazo previsto en la estipulación octava del contrato discutido en los autos no cabe incluir el día 15 de marzo de 1979"; repulsa la de este motivo, de todo punto inexcusable si se está a los términos del contrato, que son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, siendo esta regla interpretativa acogida en el párrafo primero del artículo 1.281, la de preferente aplicación.

5. El motivo segundo, por el cauce del número 4.º y el cuarto por el del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se enderezan contra la aplicación que (según alegan) ha efectuado la Audiencia, de la doctrina

sobre el enriquecimiento injusto o torticero. Y para desestimarlos basta con advertir que la sentencia que el recurso impugna no se basa en esa doctrina ni en que existiría enriquecimiento injusto de no efectuarse la devolución de los 4.000.000 controvertidos, sino que, pese a su dicción, se fundamenta en los estrictos términos de lo pactado en 30 de diciembre de 1978, según así lo demuestra haber asumido la fundamentación en derecho de la sentencia del Juzgado, que para nada se refiere al enriquecimiento injusto. La diferencia de precio en la compraventa ulteriormente convenida con otra sociedad y la atinente a los intereses, si es que las hubo, en perjuicio de la sociedad demandada, lo que no ha sido objeto del juicio, sino la aplicación de los pactos entre las sociedades litigantes de 30 de diciembre de 1978, no significarían nunca un enriquecimiento injusto en el sentido de la doctrina de esta Sala para la cual se configuran como subsidiario (Sentencia de 12 de marzo de 1987), por lo que no puede estimarse producido en el desarrollo de un contrato y en la exigencia de sus pactos libremente asumidos (4 de octubre de 1982).

Debe, por consiguiente, desestimarse también esta parte del recurso, fundada en el enriquecimiento injusto, habida cuenta además que la desestimación de la demanda sería pronunciando la vigencia del contrato litigioso de 16 de marzo de 1979, que obligaría a la sociedad demandada a la entrega de la finca que ha enajenado a una tercera sociedad. La contestación a la demanda solicita se declare "perdida para la actora la suma de 4.000.000 de pesetas, entregada en concepto de arras o señal"; lo cual carece de todo fundamento en el contrato.

R. DE A.

PRUEBA PERICIAL: VALORACION. ERROR DE HECHO: REQUISITOS PARA SU ESTIMACION (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1988).

Dictada sentencia por la Sala 3.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid confirmando la apelada, que desestimó la pretensión articulada con la demanda en reclamación de 4.037.617 pesetas, reducidas en trámite de apelación a 3.705.910, por estimar el Tribunal *a quo* que esta cantidad, que la representación de la parte actora afirmó ser la debida por la demandada "P.", como resultado final de la ejecución de un contrato que la propia sentencia califica de ejecución de obra con aportación de materiales, no había sido acreditada en el montante que se dice, sino otra muy distinta de signo negativo, como resulta de la valoración pericial de la obra ejecutada y de la suma ya entregada al contratista por el dueño de la misma, dicha resolución es impugnada en el recurso articulando al efecto dos motivos de casación en los que, al amparo, por su orden, de los apartados 4.º y 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la existencia de error en la apreciación de la prueba y de infracción legal por inaplicación de lo dispuesto en el artículo 1.º, a), 5, del Decreto 265/1971, de 19 de febrero.

Acogido por el juzgador de instancia el resultado final que el Perito de ambas partes sienta como "valoración de las obras realizadas por el régimen de contrata, utilizando la medición aceptada por ambas partes" y la por el propio Perito llevada a cabo, la conclusión establecida por la sentencia de que la suma pericialmente apreciada corresponde al precio de la total obra realizada en ejecución del contrato establecido, es negada, trayendo el recurrente, como documento acreditativo del error que atribuye al juzgador, el suscrito por los interesados

el 2 de agosto de 1982 bajo la rúbrica "acuerdos adoptados entre la 'S.A., P., y J. M.'", entresacando de él el punto 12 expresivo de que el contratista se compromete a deducir 275.000 pesetas del total presupuestado y medido que obra en poder de "P." y "J. M.", para luego de dar por cierto que el presupuesto y medición a que se refiere el citado punto es el del Arquitecto señor González, que no figura en autos y que afirma la existencia de precio cierto del contrato, aunque no determinado o fijo, tesis que completa el recurrente con la aseveración también de que la medición y valoración que sí figura en el procedimiento suscrita por el contratista y los Aparejadores se corresponde con el más atrás citado presupuesto al que se remite la dicha cláusula 12, documento que pone de manifiesto la certidumbre de las valoraciones que la parte actora hizo y reclama de la entidad dueña de la obra, razonamiento complejo que, amén de sustituir con el propio el criterio valorativo que de la prueba se hace en la instancia, lo que desorbita el ámbito del motivo de casación, cuya formulación, con base en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exige para su éxito, según constante doctrina de la que son manifestación reciente las Sentencias de 11 y 22 de febrero, 14 de marzo, 12 y 18 de abril, que el documento invocado como exponente del error de hecho, además de ser extraño a las actuaciones documentadas en el pleito, evidencia la equivocación por sí mismo, y no a través de deducciones e interpretaciones, máxime cuando de la pericial se trata, cuya ineficacia para dar vida a la casación igualmente está reiteradamente puesta de manifiesto por la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 4, 17, 18 y 24 de marzo, 26 de mayo y 3 de junio entre tantas otras), resaltando su estimación discrecional conforme al artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre todo ello, se insiste, tampoco puede aceptarse lo que, en su razonado motivo, califica el recurrente de errores determinantes de la improcedencia de aceptar los dictámenes periciales, errores que, en definitiva, no sirven sino para contraponer al resultado de la pericial, en cuya valoración, que el Tribunal hace suya, de obras por contrata, el técnico, informante a petición conjunta de los litigantes, resalta la imposibilidad de determinar si está también comprendida la factura de obras realizada por el régimen de administración, otras conclusiones estimativas a las que el recurrente llega, no mediante un preciso documento literosuficiente, a revelar el error que imputa a la sentencia, sino a lo largo de un proceso deductivo, operando sobre datos entresacados de diversos documentos y apreciaciones además del significado, a su juicio, de la relación de letras de cambio que igualmente están incorporadas a las actuaciones, con todo lo cual realiza una auténtica crítica de la interpretación llevada a cabo por el Tribunal sentenciador, exponiendo el propio criterio, con el designio, obviamente inestimable, de que se le otorgue una prevalencia que el precepto amparador del motivo 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite, como más atrás se ha expuesto, haciéndole decaer con el efecto de arrastrar en su claudicación al otro motivo que denuncia la implicación del artículo 1.º, a), 5, del Decreto 265/1971, de 19 de febrero, relativo al cometido de los Aparejadores, que es invocado para cuestionar la negativa de la sentencia combatida a admitir como valoración de obra otra que no sea la llevada a cabo por el técnico informante en autos, buscando apoyo el recurrente en que la que, en su día, fue hecha por aquéllos está admitida y reconocida por la demandada, afirmación que rebasa notoriamente el reconocimiento prestado por "P.", concretado sólo a la medición, no a la valoración hecha en el documento suscrito por los Aparejadores el 2 de febrero de 1983.

R. DE A.

CREDITOS PRIVILEGIADOS: TERCERIA DE MEJOR DERECHO. LA PREFERENCIA DE LOS CREDITOS QUE CONSTEN EN ESCRITURA PUBLICA. COLISION CON CREDITO DECLARADO EN SENTENCIA. LA EXPRESION "ESCRITURA" NO INCLUYE LAS ACTAS DE PROTESTO. DETERMINACION DE LA FECHA DE LA SENTENCIA (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1988).

El primer motivo del recurso acusa violación por no aplicación del artículo 1.220 del Código Civil en relación con la regla primera del artículo 597 de la Ley procesal. Argumenta la parte recurrente que habiendo aportado el actor, como título base de la tercería de mejor derecho, un testimonio de la póliza de préstamo y del saldo deudor, intervenidos por Corredor de comercio colegiado, expresamente, aunque de forma genérica, impugnadas por el demandado, tales documentos debieran ser cotejados, y al no serlo carecen —dice— de fuerza probatoria.

El motivo debe ser desestimado porque si bien lo anteriormente dicho es cierto en principio, no lo es menos que, como afirma la sentencia recurrida, en el curso del pleito y con citación de la parte demandada (folio 36) se aportó la correspondiente certificación original del Corredor de comercio; tanto de la intervención de la póliza como del saldo, por lo que se han cumplido los requisitos exigidos por dichos preceptos para que la documentación en que se funda la demanda sea eficaz en juicio.

Por su íntima correlación y alcance unitario los tres siguientes motivos en que se articula el recurso deben ser examinados conjuntamente, pues en ellos se denuncia, respectivamente, infracción por no aplicación de la jurisprudencia aplicable al caso (motivo segundo), violación por no aplicación del artículo 1.924, apartado 3.º, letra A, del Código Civil (motivo tercero) y aplicación indebida del apartado 3.º, letra B, del propio artículo 1.924 del Código Civil.

Para una mejor y más clara resolución del supuesto de hecho planteado, resulta obligado tener presentes las siguientes consideraciones:

a) Los créditos que se enumeran en el citado artículo 1.924, 3, son ante todo los que carecen de privilegio especial (mobiliario o inmobiliario), lo que significa que sus titulares cobrarán después de los créditos con privilegio especial y después de todos los que enumera el propio artículo 1.924 en sus apartados 1.º y 2.º. Sus titulares son preferentes, en cambio, respecto de los créditos comunes (artículo 1.929).

b) La preferencia que el artículo 1.924 concede a los créditos que consten en escritura pública y en sentencia firme, si hubieren sido objeto de litigio, se explica y justifica por la indubitada autenticidad de los dichos créditos, que les confiere carácter ejecutivo (escritura) o ejecutorio (sentencia); es decir, su preferencia deriva de su certeza *prima facie*, habida cuenta que la intervención del fedatario público o del procedimiento judicial garantizan la normal correspondencia entre la realidad documentada y la realidad jurídica.

c) La jurisprudencia de esta Sala ha equiparado a la escritura pública los documentos intervenidos por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado, así como las letras de cambio intervenidas por aquellos fedatarios o los documentos privados reconocidos judicialmente, habiendo precisado la propia doctrina jurisprudencial, por lo que se refiere a las pólizas de crédito, que lo decisivo para otorgarles eficacia como título preferente es su exigibilidad, cualidad otorgada por la oportuna liquidación y fijación del saldo, siendo la fecha de

esa operación intervenida fehacientemente por Corredor o Agente la determinante para fijar la prioridad del crédito.

d) Respecto a los procedimientos judiciales es asimismo doctrina reiterada que la fecha de la sentencia hay que referirla no a la del día en que la misma aparezca dictada, sino a aquella en la que la sentencia ganó firmeza, o sea, cuando no quepa contra ella recurso alguno, ordinario o extraordinario, bien por su naturaleza o ya por haber sido consentida por quienes fueron parte en el litigio, habiendo precisado esta misma jurisprudencia que las sentencias de remate han de equipararse en este sentido a las firmes y como tales deben entenderse incluidas en el apartado 3 del artículo 1.924 del Código Civil.

e) Frente a los supuestos antes mencionados de equiparación de rango y calidad con la escritura pública a los efectos del artículo 1.924, 3, del Código Civil, la jurisprudencia más reciente de la Sala, superando pasadas vacilaciones, ha declarado ya de forma específica que "partiendo de la distinción del contenido propio de las escrituras públicas y de las actas notariales, con base en el artículo 144 del Reglamento notarial de 2 de junio de 1944, no pueden tener la consideración de escritura, y sí meramente de actas, los protestos, cuyo exclusivo objeto, a tenor de los derogados artículos 502 a 510 del Código de Comercio como en la actual normativa sancionada por los artículos 51, 52 y 53 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 16 de julio de 1985, es la constatación de la falta de aceptación o del pago de las letras, sin que recoja la concorde voluntad de las partes para crear una obligación o al menos el reconocimiento de la misma por el deudor, que es el esencial contenido de la escritura pública y necesario para conceder la preferencia a que alude el número 3 del artículo 1.924 del Código Civil" (Así, Sentencias recientes de 29 de abril y 14 de junio de 1988).

La doctrina anterior determina la desestimación de los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso que por su íntima afinidad hemos contemplado conjuntamente, ya que, a efectos de la presente tercería, el título de la "C. D. de R., S.L.", a confrontar con el título del "Banco de F. L., S.A.", que es la intervención por Corredor colegiado de Comercio el 20 de junio de 1985 del saldo deudor de la póliza de préstamo, es efectivamente la sentencia dictada en juicio ejecutivo número 156/1985, el 17 de junio, y que ganó firmeza (fecha determinante) el día 25 del mismo mes y año, y no, como la recurrente pretende, las actas de protesto correspondientes a las tres letras de cambio ejecutadas en dicho juicio, de fechas 29 de abril y 9 de mayo del propio año 1985. Confrontación de títulos y fechas correspondientes (20 de junio y 25 de junio de 1985) que conlleva y supone, como queda dicho, la desestimación de los tres motivos aquí contemplados.

R. DE A.

CONTRATO DE OBRA. VICIOS EN LA CONSTRUCCION. PLAZO DE PRESCRIPCION Y RESPONSABILIDAD DECENAL (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1988).

La sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife que, acogiendo parcialmente la demanda interpuesta por la Comunidad de Propietarios del Edificio Chasna C, declaró la obligación solidaria de los demandados de realizar, en el citado inmueble, las obras no ejecutadas de las contenidas en el proyecto de legalización aprobado por el Ayuntamiento de

Arona, así como en el anexo II, y que coincidan con los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda, llega a la conclusión estimatoria, luego de haber sentado como hechos de singular relevancia acreditados en el pleito, además de la condición de copropietario del Presidente de la Junta de la Comunidad actora y de que su actuación procesal lo fue en ejecución de acuerdo de la propia Comunidad actora en Junta celebrada el 4 de diciembre de 1983, las circunstancias de que el edificio cuya construcción corrió a cargo, como promotores de los demandados señores T., y como constructora la entidad asimismo demandada, "T., S.L.", perteneciente en su casi totalidad a aquéllos, sirviendo de base para la realización de los trabajos —llevados a cabo sin la presencia del Director técnico en principio previsto y sin contar con la preceptiva licencia municipal— unos croquis del anteproyecto constructivo y unos cálculos realizados por la empresa suministradora del material, añadiendo, seguidamente, la propia resolución, que la obra ejecutada, distinta de la que inicialmente se proyectó y así adquirida por los comuneros, presentó graves defectos en su construcción tal y como han sido puestos de manifiesto por los técnicos que cita y reconocido por la propia constructora, habiéndose confeccionado, termina su relato fáctico el Tribunal, un proyecto de legalización por el Arquitecto señor S., aprobado por el Ayuntamiento competente, sin que acerca del mismo —proyecto—, "hubiera discrepancia entre las partes en el aspecto específicamente constructivo".

Constatada la situación de hecho expuesta, la decisión jurisdiccional de que igualmente se ha hecho mención, es impugnada por todas las partes litigantes, formulando al efecto sendos recursos que, por lo que hace a la Comunidad demandante, se concreta en dos motivos, en los que, al amparo sucesivamente de los números 3.º y 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia una supuesta incongruencia entre lo pedido y lo resuelto y de error en la apreciación de la prueba en la instancia, desgranando su impugnación las demandadas a lo largo de ocho motivos de casación, los seis primeros al amparo del número 5.º del citado artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil y los ordinales 7.º y 8.º, respectivamente, bajo los apartados 4.º y 7.º de esta norma procesal, en denuncia, aquéllos, de haberse infringido los artículos 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —motivos 1.º y 4.º— y conculcando los artículos 1.484 y 1.490, los 1.137 y 1.257 —motivos 2.º, 3.º y 6.º— y el 1.591 —motivo 5.º— del Código Civil, todos, acusando los restantes, citados 7.º y 8.º, error de hecho resultante de documento no contradicho y exceso en el ejercicio de la jurisdicción, por último al decidir el juzgador acerca de normativa específicamente urbanística.

Basada la denunciada incongruencia que acusó el primer motivo del primero de los recursos, más arriba expuestos, en el hecho de que habiéndose pedido en el suplico de la demanda —párrafo 3.º— la condena de los demandados a efectuar una serie de obras en el edificio, entre ellas las que se determinarán por los Peritos en período probatorio, postulación, sigue diciendo la Comunidad recurrente, coincidente con el razonamiento que sobre el particular contiene el considerando octavo de la sentencia combatida, nada dispone sobre ello la sentencia impugnada, razonamiento impugnatorio frente al que ha de observarse que ni el acogimiento de sólo parte del petitum, ni la falta de expresa declaración en el fallo respecto de que las obras de seguridad a realizar por recomendación de la pericial de autos, determinan la incongruencia denunciada, ya que no hay incongruencia en el acogimiento parcial de una demanda rechazándose el resto de lo suplicado por la Sala sentenciadora, que cita la pericial y su resultado en apoyo de la tesis de incumplimiento contractual, como dice el auto aclaratorio de 26 de octubre de 1987, y que impone, implícitamente, las obras de seguridad necesarias

al señalar que se realicen en el edificio las contenidas en el proyecto de legalización del mismo, aprobado por el Ayuntamiento de Arona, como ratifica aquel auto aclaratorio en el que expresamente señala que las obras se harán en la forma que dice el párrafo 2.º del fundamento jurídico noveno, y en éste literalmente se establece la exigibilidad de "que el edificio en general y los apartamentos en particular se encuentren en las debidas condiciones de seguridad y habitabilidad", si bien que dentro de las características del realmente adquirido. La reiteración de la tesis de este primer motivo en el segundo de los que articula esta parte, a título, ahora, de defectuosa apreciación de la pericial, hace decaer este otro motivo, en el que, en suma, se enjuicia el dictamen de Peritos cuya estimación se hizo con la discrecionalidad que establece el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1.243 del Código Civil.

Prestando atención a cuantos argumentos y motivos se han vertido en todos los recursos, en una actuación pro accional el decaimiento que, inevitablemente, ha de declararse de los motivos 1.º y 4.º de los recursos que articulan los demandados, insistiendo en su postura de negar a la Comunidad demandante personalidad para el ejercicio de la acción de responsabilidad frente a promotor y entidad constructora, ya que tal Comunidad dicen "no ha tenido intervención alguna en el contrato de arrendamiento para la construcción del edificio", tesis que olvida la repetidamente declarada legitimación del subadquirente en el ejercicio de la responsabilidad decenal (Sentencias de 5 de mayo de 1961, 17 de octubre de 1974, 1 de abril de 1977, 22 de marzo de 1986 y 17 de mayo de 1988), es seguido de parejo rechazó del resto de los motivos de casación, unas veces porque como sucede con los ordinales 7.º y 8.º de preferente examen dada su naturaleza, en atención a que en éste se plantea una cuestión nueva relativa a la Ley del Suelo y Reglamento de Disciplina Urbanística cuya novedad y carácter obstaculiza la casación (Sentencias de 16 de marzo y 18 de abril de 1988) y aquél se limita a repetir el argumento ya rechazado de la falta de legitimación al que el recurrente ahora añade la oposición al carácter de solidaria de la responsabilidad declarada, omitiendo por lo que hace a este extremo (a su vez objeto de los motivos 3.º y 6.º, condenados por afectarles idéntica omisión), que es también doctrina legal constante (Sentencias de 17 de febrero y 16 de junio de 1984, 31 de enero de 1985, 9 de marzo de 1988) la de ser la solidaridad obligada consecuencia de la falta de precisa individualización de la responsabilidad de los distintos intervinientes en la construcción, razonamiento que, como dice, arrastra en bloque a los motivos 3.º, 6.º, 7.º y 8.º, sin que merezcan mejor fortuna los que restan por examinar —2.º y 5.º— de los que integran la impugnación ejercitada por los demandados, en cuanto que tales motivos destinados a cuestionar, junto a temas ya examinados y claudicados, la infracción supuesta de los artículos 1.484 y 1.490 del Código Civil y la de la norma del 1.591 del mismo, en orden a la naturaleza de los defectos y consiguiente prescripción de las acciones ejercitadas que el último de los motivos ahora en estudio —el 5.º— dice acaecida el 21 de enero de 1983, esto es, varios meses antes de la fecha de presentación de la demanda, que tuvo lugar el 27 de noviembre siguiente, no tienen en cuenta ni que la normativa de los artículos 1.484 y 1.490 del Código Civil, reguladora de las acciones *redhibitoria* y *quantum minoris*, resultan inaplicables en aquellos supuestos, como el presente, en que la demanda se dirige a obtener las reparaciones derivadas del defectuoso cumplimiento de la obligación contractual por vicios cuya entidad los hace enmarcables en el ámbito del artículo 1.591 del propio Código, ni la permanente doctrina que señale ser uno el plazo de garantía y otro el de prescripción de la acción, de manera que no cabe sustituir por un plazo —el decenal— el de dura-

ción de la acción respecto de la que en el caso del párrafo 1.º del artículo 1.591, como en el supuesto de su inciso final, es el de quince años, como puntualiza, entre tantas otras, la Sentencia de 13 de julio 1987.

R. DE A.

RETRACTO DE COMUNEROS: NO ES NECESARIO ENTABLAR LA ACCIÓN CONTRA LOS VENDEDORES BASTANDO QUE SE FORMULE CONTRA EL COMPRADOR. NO CABE ACUMULACIÓN DE ACCIONES. CADUCIDAD DEL PLAZO (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1989).

Fundamentos de Derecho.—El presente recurso tiene como antecedentes que es preciso destacar, los siguientes: los recurrentes, condueños los tres juntos de una sexta parte indivisa de la finca litigiosa, ejercitaron acción de retracto sobre las otras cinco sextas partes del inmueble vendido en documento privado a don José M. R. y su esposa. El suplico de la demanda contiene la petición de que se declare el derecho a retraer las porciones vendidas y la petición de que "en consecuencia, sean otorgadas a favor de mis representados las correspondientes escrituras por los titulares registrales vendedores...". La Sentencia recurrida confirmó la de primera instancia y no resolvió las cuestiones planteadas por apreciar la excepción de litis consorcio pasivo necesario porque no fueron demandados los titulares registrales vendedores de las porciones de finca. El recurso combate la Sentencia de la Audiencia Territorial de Granada por dos motivos encuadrados ambos en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los que se denuncia la infracción de la jurisprudencia sobre el litisconsorcio pasivo necesario que estima el recurrente que no es de aplicación al caso y la infracción del artículo 24 de la Constitución por no haber entrado a conocer la cuestión planteada.

El suplico de la demanda, según revela su tenor literal, contiene el ejercicio aparente de dos acciones: La primera la propia acción de retracto, de carácter real, mediante la cual aspiran los actores a subrogarse en el lugar del comprador con las mismas condiciones estipuladas en el contrato (art. 1.251 C. Civil); derecho que concede a los comuneros el artículo 1.522 del C. Civil para el caso de enajenarse a un extraño la parte de los demás condueños o algunos de ellos. Esta acción real se ha de dirigir contra quien haya adquirido la cosa, pero ni la Ley ni la jurisprudencia exigen que sean traídos al proceso el vendedor o vendedores a quienes no ha de trascender la resolución judicial. Si prospera el retracto, se colocarán los demandantes, comuneros y retrayentes, en el lugar del comprador, sin necesidad de otorgar nuevo contrato puesto que la compraventa al extraño no se resuelve sino que simplemente queda modificada subjetivamente por el cambio de la persona del comprador. La segunda petición del suplico de la demanda, como ya se ha dicho, insta el pronunciamiento de que se condene a los titulares registrales, que no son parte en el litigio, a otorgar escritura pública de compraventa, lo que en definitiva tiene naturaleza jurídica de acción personal posible, en principio, al amparo de los artículos 1.279 y concordantes del C. Civil. El ejercicio acumulado de ambas acciones, una real y otra personal, una para subrogarse los actores con las mismas condiciones estipuladas en el contrato y la otra para que mejorando las condiciones estipuladas se le facilite el título público que permita inscribir su derecho en el Registro de la Propiedad. Ambas acciones no son acumulables en el proceso de retracto porque lo impide él

artículo 154 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que declara incompatibles el ejercicio simultáneo de dos o más acciones que deban ventilarse y decidirse en juicios de diferente naturaleza, y distinta naturaleza tienen el proceso especial de retracto, cauce por el que exclusivamente se conoce de las cuestiones de retracto, y el juicio declarativo ordinario que corresponda a la cuantía por el que se deciden las acciones de elevación a escritura pública de los contratos privados. En cualquier caso, al no haberse dirigido la demanda contra las personas cuya condena se insta, es evidente que no puede dictarse Sentencia que a ellos les afecte, pero no por aplicación de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, puesto que de haber sido posible el ejercicio simultáneo de las acciones y de haber sido formalmente demandados los vendedores las vicisitudes y resoluciones de ambas cuestiones habrían tenido tratamiento singular y resultado diferente como si de procesos independientes se tratara.

Al prosperar el motivo, se produce, por expresa disposición del artículo 1.715, en nueva redacción de 1984, la obligación de la Sala de resolver lo que corresponda, esto es, de convertirse en Sala de Instancia y rebasando el tradicional carácter de la casación de custodia del ordenamiento jurídico, entrar a conocer sobre el fondo, naturalmente sin decidir sobre la petición de elevación del contrato a escritura pública, porque no es acumulable al proceso de retracto, ni posible judicialmente dictar resolución contra quien no ha sido parte, como ya se ha razonado.

Entrando a conocer del fondo y valorando todas las pruebas practicadas en instancia, se logra la convicción de que presentada la demanda el día 20 de junio de 1986, según consta en la diligencia judicial, ha transcurrido con creces el plazo de nueve días contados desde que los retrayentes tuvieron conocimiento de la venta (art. 1.524 C. Civil y 1.620 de la LEC) contenida en el documento privado de 25 de mayo de 1983, pues así se desprende singularmente de las cartas (de 5 de marzo y 23 de mayo de 1986), cruzadas entre los letrados de los retrayentes y del comprador en las que se habla del condominio con el nuevo propietario, y de las declaraciones testificales, en las que tratan de ponerse de acuerdo en el precio del único sexto pendiente de adquisición por el comprador demandado.

R. DE A.

FIANZA: CONDONACION PARCIAL ACORDADA POR LOS ACREEDORES EN LA QUIEBRA: NO AFECTA AL ACREEDOR QUE VOTO EN CONTRA, RESPECTO A LA OBLIGACION DEL FIADOR. ALCANCE DE LA OBLIGACION DEL FIADOR (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1989).

Los actores y ahora recurrentes, condenados en anterior juicio ejecutivo, en el que habían sido demandados en calidad de fiadores solidarios de la entidad "C. N. del S., S.A.", al pago a la mercantil actora en el procedimiento ejecutivo dicho y aquí demandada, "B. U. U., S.A.", de la suma de 8.700.797,73 pesetas, plantearon en el actual litigio la cuestión de si por haber sido incluida la cantidad representada por la suma antes meritada en la relación de acreedores del quebrado "C. N. del S., S.A." y como crédito reconocido a favor de "B. U. U., S.A.", la circunstancia de que en el juicio de quiebra hubiera mediado convenio de los acreedores otorgando al quebrado quita y espera para el cumplimiento de sus obligaciones determinaba la extinción de la fianza o cuando menos que la res-

pensabilidad de los fiadores debiera ser rebajada al 30 por 100 del importe del débito otorgado en la quita.

Contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial que, confirmando la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia, desestimó la demanda, los actores han deducido el presente recurso de casación a través de dos motivos, los que articulados con amparo procesal en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dejan incólumes en casación las afirmaciones fácticas de la resolución impugnada, según que "la espera de ocho años concedida en el Convenio que puso fin a la quiebra, para satisfacer el porcentaje no condonado de las deudas de la entidad quebrada fue aprobada en la Junta de acreedores a tal efecto celebrada el 22 de mayo de 1984, a la que asistieron como tales acreedores, entre otros los aquí actores don Bartolomé, don Pedro y don Miguel L. P. y la demandada B. U. U., pero aquéllos votaron a favor del Convenio de quita y espera, la entidad bancaria manifestó su oposición al mismo y votó en contra".

En su consecuencia y como a las denotadas afirmaciones fácticas ha de estarse, decae el primer motivo del recurso, en el que, por la vía del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa a la Sentencia recurrida de haber infringido, por interpretación errónea, el artículo 1.851 del Código Civil, en cuanto establece que la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza, desarrollándose el motivo con base en una inadmisile argumentación al no resultar de los hechos acreditados que la entidad bancaria concediera a sus deudores prórroga de clase alguna para el saldo de su débito, dado que la prórroga en cuestión no fue otorgada "voluntariamente" por dicha entidad, como en interpretación de la preceptiva que se supone vulnerada exige reiterada jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en sus Sentencias de 7 de abril de 1975 y 8 de octubre de 1986 y sí, por el contrario, dicha prórroga fue otorgada con la manifestada oposición y voto en contra del Banco demandado, a todo lo que es de añadir que según acredita, también, la prueba documental aportada a las actuaciones para mejor proveer, durante el trámite del litigio en segunda instancia, sin el voto favorable de los actores señores L. el Convenio no hubiere podido ser aprobado dado que el crédito de los mismos contra la entidad quebrada representaba la suma de 893.062.001 pesetas de un total de 941.571.405 pesetas, por lo que es obvio que el "quórum" de cantidad que el artículo 901 del Código de Comercio exige para su aprobación, no hubiera podido alcanzarse sin el voto favorable de los hermanos L.

Igual suerte adversa corresponde al segundo y último motivo del recurso, en el que, con idéntico amparo procesal del que le antecede, se tacha al pronunciamiento judicial combatido de haber infringido lo dispuesto en el artículo 1.826 del Código Civil, por entender los recurrentes, según los alegatos que sirven de desarrollo al motivo, que la "quita" otorgada a la deudora principal "C. N. del S., S.A." en el Convenio de acreedores tantas veces referido reducía la obligación de los fiadores de saldar la deuda contraída por la entidad quebrada con el Banco acreedor a los límites por la citada quita significado en cuanto, que de no entenderlo así, según también se argumenta, el fiador quedaría obligado a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. El motivo carece en absoluto de fundamento, pues aceptar la tesis de los recurrentes significaría desnaturalizar la extensión de la fianza en términos que resultarían en abierta contradicción con lo que la preceptiva contenida en el artículo 1.822 del Código Civil establece, dado que en el caso los fiadores recurrentes

se obligaron solidariamente con el deudor principal a pagar las deudas contraídas por éste y sería absurdo entender que quedaran liberados en parte de su obligación de saldar totalmente la deuda impagada por el hecho de que en un juicio universal de quiebra otros acreedores adoptaran, con su voto en contra, el acuerdo de otorgar una quita, pues de ello derivaría que la garantía que para el cobro de las deudas la fianza representa, precisamente para el supuesto de insolvencia total o parcial del deudor principal, quedara vacía de contenido, y sin que sea ocioso poner de relieve que en el supuesto aquí enjuiciado en el que, con amparo en lo dispuesto en el artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pretende por los actores dejar sin efecto los pronunciamientos de una Sentencia recaída en juicio ejecutivo, cuando el meritado juicio ejecutivo, según consigna la Sentencia recurrida, "fue promovido, sustanciado y resuelto en fecha muy anterior a la declaración de quiebra de la entidad afianzada «C. N. del S., S.A.»", ya que "mientras la Sentencia de remate del ejecutivo —al que, por cierto, no formularon oposición los ejecutados, que permanecieron en situación de rebeldía— fue dictada el 8 de octubre de 1979, el expediente de declaración de quiebra de la mencionada entidad es el número 462 del año 1981 del Juzgado de Primera Instancia número 20 de Madrid, de tal manera que ninguna influencia podía ejercer en el juicio ejecutivo una declaración de quiebra instada dos años más tarde", a todo lo que, por último, es de añadir que la fianza solidaria, como sentó la Sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 1987, "la acción contra el fiador es autónoma y puede ejercitarse sin necesidad de actuar contra el patrimonio del deudor, ya que desaparece el beneficio de excusión..." "pasando el fiador a ser considerado como si del deudor principal se tratara".

R. DE A.

ERROR: COMPRADOR QUE DESCONOCE QUE LA COSA NO ES PROPIEDAD DEL VENDEDOR. OBLIGACIONES DEL VENDEDOR. INEXIGIBILIDAD DE LA CONSULTA A REGISTROS PÚBLICOS (SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1989).

Son antecedentes de hecho esenciales para la decisión del recurso de casación de que se trata, expresamente aceptados en la Sentencia recurrida y expresamente vinculantes a fines de decidir sobre dicho recurso, en cuanto el recurrente don José Antonio P. M. se basa en ellos y la demandada "C. F. L., S.A." los consintió al no formular recurso contra la mencionada Sentencia, que el precitado don José Antonio P. M. compró el día 1 de marzo de 1980 a la precitada entidad "C. F. L., S.A.", actuando ésta en su propio nombre y sin ostentar la representación de otra persona física o jurídica, la embarcación "Atún-28", que se describe en el hecho primero de la demanda, por el precio de 4.000.000 de pesetas, en la creencia de que quien se la vendía era el titular dominical de la misma, enterándose posteriormente que dicha embarcación figuraba en el Registro de Buques de la Comandancia de Marina de Barcelona como de la propiedad de "L. S.A."; y en Cumplimiento de tal contrato el precitado comprador demandante abonó el precio estipulado a la mencionada vendedora demandada, que hizo entrega material a aquél de la referida embarcación, sin acreditación de inscripción a su nombre en el correspondiente Registro de Buques de la Comandancia de Marina, ni constancia de facilitar al tan repetido comprador los medios adecuados para que pudiera llevar a cabo la indicada inscripción en el mencio-

nado Registro de Buques, a fines de posibilitar que la embarcación en cuestión pudiese navegar bajo la titularidad del aludido demandado comprador.

Lo consignado en el precedente fundamento de derecho conduce a la acogida del segundo de los motivos en que se fundamenta el recurso de casación en cuestión, formulado por don José Antonio P. M., al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con base en infracción del artículo 1.265, en relación con los 1.266 y 1.300 del Código Civil, por entender existencia de error que invalida el consentimiento, al no poder usar la cosa que fue objeto del contrato, por lo que, en relación con el artículo 1.261 del mismo cuerpo legal sustantivo, no concurren los requisitos en este último precepto expresados, porque si ciertamente al demandante comprador, ahora recurrente, don José Antonio P. M. le fue entregada por la entidad demandada "C. F. L., S.A."; que actuó como vendedora en su propio nombre, sin alegar representación ni mandato de clase alguna de tercero, de la embarcación "Atún-28", objeto de la compraventa en cuestión, fue efectuado sin dotar a dicho comprador los medios adecuados y entre ellos los correspondientes para posibilitar la inscripción a su nombre en el Registro de Buques de la correspondiente Comandancia de Marina de la invocada embarcación objeto de venta, para que la misma pudiera navegar y ser, en consecuencia, utilizada a su nombre, cual lógicamente hubo de ser la intención del mencionado adquirente al llevar a cabo la expresión de su consentimiento en orden a la compraventa sometida a controversia, produciendo en su virtud error invalidante del consentimiento con indudable proyección en el objeto y causa del contrato, al recaer sobre la sustancia de la cosa objeto de éste, y con más precisión sobre las condiciones de la misma que principalmente hubieran dado motivo a celebrarlo, cual es la posibilidad de navegabilidad de la expresada embarcación a nombre y titularidad del adquirente don José Antonio P. M., determinando en consecuencia la ineficacia de dicha compraventa, en razón a lo normado en el artículo 1.265, en relación con los 1.266 y 1.300 del Código Civil, cual acertadamente solicita el recurrente, toda vez que, como ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala en Sentencias de 1 de marzo y 27 de mayo de 1983 y 29 de abril de 1986, aquella ineficacia, por causa de nulidad, se produce cuando la cosa objeto del contrato carece de las condiciones requeridas que se le atribuyeron, en este caso la evidente posibilidad de navegabilidad de la embarcación "Atún-28" a nombre y consiguiente titularidad del adquirente demandante don José Antonio P. M., y por tanto sin idoneidad a su normal destino, produce error en el consentimiento, dado que éste indudablemente es propiciado cuando se compra una embarcación con el presupuesto, sin necesidad de exteriorizarlo, por ser el normal destino de aquélla, de que sea susceptible de ser utilizada a fin de navegación a nombre y con la titularidad del adquirente para que ha sido adquirida.

En nada afecta a la presente cuestión, ni por tanto a la ineficacia, por causa de nulidad apreciada, de la compraventa de que se viene haciendo mención, la circunstancia de que la entidad demandada "C. F. L., S.A." alegue haber obrado, en la venta de que se trata, por mandato de la propietaria de la embarcación objeto de tal acto transmisivo y que, en todo caso se estaría en un supuesto de venta de cosa ajena, así como que al ser el Registro de Buques de la Comandancia de Marina de Barcelona una oficina con posibilidad de obtención de función pública, podía haber tenido acceso a ella el demandante antes o al tiempo de otorgarse la compraventa sometida a controversia; en cuanto al primer aspecto porque lo a tener en cuenta es que la entidad demandada al realizar dicha venta al demandante lo hizo en nombre propio, sin alegación de actuar por mandato

de tercero ni de que la embarcación transmitida fuese ajena, y sí dando a entender que era propia de él al comprador, lo que conduce a que no hayan de proyectarse sobre el **referido** demandado las consecuencias de **esa** posible situación de mandato, para él desconocido, o de ajeneidad de la embarcación, para él desconocida, pues lo a considerar es que para el comprador demandante quien la transmitió no tenía la titularidad dominical sobre la embarcación transmitida, y en consecuencia no podía hacer la entrega jurídica que toda transmisión requiere para su efectividad, cual indudablemente consideró el comprador al concertar la controvertida compraventa, ya que no puede exigirse á quien compra tenga que desplegar actividad para lograr que su derecho pueda tener efectividad supliendo la que tenía que haber realizado el vendedor, como obligado a poner en poder y posesión al comprador de la cosa vendida, según previene el artículo 1.462 del Código Civil, toda vez que para producir real y efectiva entrega jurídica de lo vendido se precisa que el vendedor entregue los títulos de pertenencia y cuantos **informes** y elementos sean necesarios, que debe tener aquél a su disposición para la **eficacia** del derecho transmitido e inscripción en el registro correspondiente; y en lo que se contrae al segundo aspecto **porque**, aparte que es una circunstancia de dificultosa apreciación por el comprador el conocer en cuál organismo público de los muchos que existen a fin de registro de buques, lo cierto es que la ineficacia, por causa de nulidad, de la expresada compraventa, viene determinada, según viene indicado, no por la inscripción de la embarcación vendida en el Registro de Buques de la Comandancia de Marina de Barcelona, sino por no proveerse el demandante comprador por el vendedor de titularidad de lo vendido para que pudiera destinarse a su normal uso, que como también ha sido puesto de manifiesto es significativo de falta de entrega jurídica, dado que ésta requiere que la cosa reúna las adecuadas y precisas condiciones para su normal destino.

R. DE A.

SUSPENSION DE PAGOS: COMISION DE ACREEDORES QUE SE TRANSFORMA EN COMISION LIQUIDADORA. PROPIEDAD DE LOS BIENES DE LA SUSPENSA (NO LA TIENE ESA COMISION, O AL MENOS NO LA HA PROBADO). REQUISITOS DE LA ACCION REIVINDICATORIA(SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1988).

La Comisión recurrente formula un único motivo en el cual y con sustento procesal en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, imputa a la Sentencia impugnada la infracción por inaplicación del artículo 348 y siguientes del Código Civil, "ya que siendo claros los términos del Convenio de la suspensión de pagos R., S.A., ha de estarse al sentido de sus cláusulas y otorgar la propiedad de todos los bienes de R., S.A. a la Comisión de acreedores, único propietario de los mismos, sin que sea admisible la interpretación de la Sentencia de instancia".

La motivación sucumbe, en primer lugar, porque la indicación de la **infracción** que la Comisión recurrente dice se ha cometido por el Tribunal de Apelación y se ha dejado indicada en el fundamento precedente, adolece de una ambigüedad incompatible con un recurso del tecnicismo y características del de casación, incluso después de su reforma por la Ley 34/1988, de 6 de agosto, por cuanto ni siquiera a partir de la mayor flexibilidad por ella incorporada a dicho recurso puede quien recurre proyectar sobre esta Sala (y así lo tiene la misma declarado

de modo reiterado) la tarea de inquirir cuál o cuáles de los artículos 348 y siguientes del Código Civil haya podido ser infringido; pero es que, además, la imprecisión de este motivo radica fundamentalmente en su incongruente construcción, ya que sobre la base de los preceptos que en términos generales se dicen infringidos, el único concretamente señalado como punto de partida de esos "...siguientes del Código Civil" que en la motivación se indican, es el 348, en cuyo párrafo segundo y después de fijar en el primero el ámbito del derecho de propiedad, se otorga al *dominus* el derecho a reivindicar el bien que le pertenece de quien se lo haya arrebatado o lo retenga.

Pues bien, lo que se deniega por el Tribunal *a quo* a la Comisión recurrente, no es el derecho a ejercitar dicha acción y sí la cualidad legalmente requerida para su ejercicio, esto es, la de ser propietaria del bien o bienes que pretende reivindicar, cuestión que no ha sido planteada en el motivo instrumentado dado que en él se parte como supuesto indiscutible, de que esa titularidad la corresponde. Y a tales efectos, debe llamarse la atención sobre dos declaraciones contenidas en el primero y segundo considerandos de la Sentencia impugnada de las que se hace caso omiso en este recurso: que para el éxito de la acción de tercería de dominio es necesario que el tercerista acredite la adquisición del bien reclamado en momento anterior al embargo del mismo; y que "la condición de comisión de acreedores de una sociedad mercantil que se halla en suspensión de pagos, aun con la posibilidad de convertirse en Comisión liquidadora de los bienes pertenecientes a la sociedad, no equivale a ser propietaria de los bienes de que se trata, que pertenecen a la sociedad suspenso mientras no se apruebe que su dominio ha sido transferido con arreglo a Derecho" (considerando segundo). Pero es que, además, la Comisión recurrente que apoya en principal medida su argumentación en el Convenio de la suspensión de pagos de "R., S.A." parece no tener tampoco en cuenta: a) que dicho Convenio fue publicado en el *BOE* el 20 de junio de 1985, o sea, después de la diligencia de embargo, que tuvo lugar el 22 de febrero de dicho año; b) que referido Convenio no aparece aportado a los autos, por lo que tratándose de la interpretación de sus cláusulas, concretamente de la octava según el motivo, era la recurrente quien debiera haberla aportado, y c) que en consecuencia ante esta omisión sólo achacable a quien impugna, se hace imposible a esta Sala adentrarse en el examen de la cuestión.

R. DE A.

RECURSO DE REVISION. ARRENDAMIENTO A UNA SOCIEDAD DE LA QUE EL RECURRENTE ERA ADMINISTRADOR (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1989).

El recurrente pretende que la Sentencia de desahucio, por falta de pago que impugna, fue dictada y ejecutada frente a una sociedad anónima, demandada, como arrendataria de un local de negocio, cuando el verdadero arrendatario era, a título de persona individual, el propio recurrente, lo que vendría a poner de manifiesto la maquinación fraudulenta de la arrendadora, para producirse indefensión, que justificaría la estimación de este recurso, en aplicación del número 4 del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el curso del proceso que origina este recurso, el hoy recurrente no intervino como parte, ni pretendió ser admitido como tal, intentando por medio de una intervención principal, que puede acogerse sobre la base de la legitimación, su presencia en tal proceso, por lo que, en principio, no puede ser admitido, como

parte, en este recurso, reservado a los litigantes, tal como se deduce del artículo 1.801 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Aun aceptando su legitimación, por su intervención en la ejecución, para evitar el lanzamiento, debe advertirse que la Sentencia impugnada estudia con suficiente pormenor la cuestión de la falta de legitimación pasiva de quién fuera la sociedad demandada y, tras valorar las adecuadas alegaciones y pruebas, llega a la conclusión de que la arrendataria era la sociedad demandada, porque así constaba en el documento contractual último y, si se había producido alguna confusión en los recibos, se debía a que el hoy recurrente era Administrador de aquella sociedad, confusión que nunca puede beneficiar a quien la crea, por aplicación de elementales criterios interpretativos y de buena fe, lo que conduce necesariamente a la declaración de improcedencia del recurso, con las consecuencias previstas en el artículo 1.809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. DE A.

ACTOS PROPIOS: REQUISITOS. OFERTA NO ACEPTADA: NO PUEDE ALEGARSE LUEGO POR SU DESTINATARIO. ARRENDAMIENTO DE BUQUE: EFECTOS FRENTE A TERCEROS (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1989).

La Sentencia recurrida, dictada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla el 28 de enero de 1987, acoge en lo sustancial los considerandos de la del Juzgado y, en consecuencia, sienta que apreció y valoró con todo acierto la abundante prueba aportada a los autos para afirmar la falta de legitimación en las entidades demandadas, pues la segunda de ellas, propietaria del buque cuando la actora suministró el combustible (26 de enero de 1985) cuyo precio les reclama solidariamente, habían transferido casi dos años antes (24 de agosto de 1983) la posesión y disfrute del mismo, sin tripulación, a un tercero, cesionario que a través de un representante había contratado al capitán y al resto de la tripulación, sin ninguna relación de subordinación con la demandada, que sólo era propietaria registral de la nave y que ni siquiera percibía el canon o renta convenida por su arrendamiento, satisfecho a un acreedor hipotecario de la misma, con la circunstancia de que el primer cesionario cedió a su vez el 14 de octubre del propio año 1983 la total posesión del buque a otra naviera, de la que pasó a depender igualmente la tripulación, siendo esta última la que, por mediación de un agente, contrató a la actora, antes de llegar el barco al puerto, el suministro del combustible en cuestión, su precio y condiciones de pago, de todo lo cual concluyen ambas Sentencias que si "Y. S., C.O." concertó con "S. C. C." el fletamento en régimen de casco desnudo y ésta cedió el barco en régimen de fletamento por tiempo a "C. N. S. M.", que, a su vez, contrata el tan repetido suministro con "P. D.", son las cesionarias, primero una y después la otra, las verdaderas empresarias de la navegación, asumiendo con su titularidad y con la tripulación a sus exclusivas órdenes y dependencia, los riesgos de la explotación "como Señoras de la nave o Maestras del navío", de forma que ni "Y", como propietaria, ni "Y. N. C.", como posterior adquirente del buque, tienen responsabilidad alguna respecto al precio del combustible, en recta aplicación del artículo 586 y concordantes del C. de Comercio.

El primer motivo del recurso, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la LEC, denuncia "infracción por violación del principio de derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos", recogido en las Sentencias que

cita, afirmándose en su desarrollo que la relación jurídica controvertida la constituye una compraventa de un bien mueble —**el combustible**— en la que "P. D." ostenta la titularidad activa y la pasiva quienes han de pagar el precio, las demandadas —**armadoras** propietarias del **buque**—; no porque fueran las compradoras del combustible, sino porque con posterioridad y a través de su conducta vinieron a sustituir la compradora en la obligación del pago del precio, cual revelaba (documento número 5.º de la demanda) el **télex** dirigido por el Abogado de la demandada "Y. S." a "P. D.", en el que le ofrecía el pago parcial (35 céntimos por dólar) de la factura del combustible, dado que quien lo había solicitado —"C. N. S. M."— había quebrado. La desestimación del motivo deviene obligatoria, dados sus propios términos, pues que a continuación recoge las aclaraciones y condiciones impuestas y la literalidad del propio **télex**; a saber: "Con relación al suministro que para ese barco les pidió su cliente la empresa italiana «C. N. S. M.», respecto a la cual ya les he informado que ha presentado en Italia expediente de quiebra, mis clientes, «Y. S. C.» (Liberia) me han pedido que, sin que esto suponga en lo más mínimo admisión de responsabilidad alguna, sino, por el contrario, declaración de nuestra más completa falta de conexión y responsabilidad con el tema, les ofrezca *como un gesto de buena voluntad* y para evitar quizá discusiones legales innecesarias pero costosas, la cantidad de 35 céntimos por cada dólar en el precio de la factura de 1.200 TM de **fuel oil** y 100 TM de **diesel-oil**. Si aceptasen, lo cual deben manifestar antes de las once horas locales, el pago se haría inmediato y tendrían ustedes que renunciar a cualquier reclamación contra mis clientes o cualquier otra compañía excepto «C. N. S. M.», en cuyo expediente judicial podrán comparecer y hacer las pertinentes reclamaciones de cuyo resultado se beneficiarán ustedes exclusivamente. Debo aclarar que la renuncia sería contra mis clientes y/o cualquier **otra Compañía** excepto C.", todo lo cual revela: 1.º Que la responsabilidad y obligación de pago del precio se atribuye sólo a la entidad italiana, y que, 2.º para asumirla "Y. S." han de aceptar una serie de condiciones, entre las que se encuentra una renuncia de presuntos derechos; mas como los actos propios, para ser tenidos como expresión del consentimiento, han de realizarse con el fin de crear, **modificar** o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo inalterablemente la situación jurídica de los mismos (S., por todas, de 9 de octubre de 1981), es visto que no se asume la deuda, ni aun de modo limitado, por "Y. S." mientras no se produzca la aceptación, cosa que no ha ocurrido, pues que, según el artículo 1.262 del C. Civil, el consentimiento se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato, entendiéndolo así el propio demandante, hoy recurrente, cuando en su fundamentación jurídica del escrito inicial habla de las "negociaciones infructuosas habidas antes de la iniciación de este procedimiento", sin aludir, en cambio, a la doctrina que ahora **esgrime**, lo que conlleva igualmente la desestimación del motivo, por plantear una cuestión nueva, cosa prohibida en casación. En definitiva: los actos propios han de interpretarse en su exclusivo ámbito y dentro de los límites que plantea la declaración de voluntad; hubo conversaciones previas, quizá para llegar a un contrato de transacción y evitar la prosecución de un pleito (ver art. 1.809 del C. Civil), pero no llegó a crearse o modificarse situación jurídica alguna, por falta de aceptación, lo que impide **afirmar** que se causó estado, extremo predicable igualmente respecto a la ampliación de oferta de un 35 a un 50 por 100.

No mejor suerte han de seguir el motivo segundo, en el que, también al amparo del ordinal quinto del artículo 1.692 de la LEC, se achaca a la Sentencia recurrida "infracción, por violación del artículo 1.227 del C. Civil y jurisprudencia

que lo interpreta", entendiendo el recurrente que la Sala de instancia se basa únicamente en el contrato de 24 de agosto de 1983 y por ello "considera a «S. C. C. C.» como el empresario de la navegación que asumió la total cesión y explotación del buque con el Capitán y la tripulación contratados, pero no ha tenido en cuenta que el citado contrato de arrendamiento es un contrato privado que no surte efectos a terceros mientras no esté inscrito en un Registro Público, o se haya dado a conocer la cesión del buque, en que básicamente consiste el contrato, al tercero que se pretende vincular al mismo para que pierda esa cualidad de tercero". Mas adelante afirma que "este precepto no puede invocarse cuando es el conjunto de la prueba el que sirve de base al juzgador"; y como esto es así, pues que se ha establecido por constante y reiterada jurisprudencia, de ociosa cita, ya que el propio recurrente manifiesta conocerla, es visto que el motivo tiene que ser desestimado, sin que este Tribunal pueda seguir la corriente que se le quiere marcar examinando, como se hace en el recurso, otros medios probatorios utilizados, para mezclar cuestiones de facto (no atacadas por el núm. 4.º del expresado art. 1.692 de la Ley Procesal) con valoraciones jurídicas propias, subjetivas e interesadas, que contradicen las del juzgador *a quo*, según se desprende de la simple lectura del primer fundamento de derecho de esta resolución; y es que el artículo 1.227 del C. Civil se refiere al caso en que por un solo documento privado se pretenda justificar determinado hecho, y tiene como finalidad evitar que la anticipación intencionada de la fecha perjudique a quien en él no hubiese intervenido, pero no hay inconveniente alguno en que la veracidad de la misma se pueda admitir desde que se comprueba con relación a otros actos que alejen toda sospecha de falsedad o simulación, con lo cual ha de concluirse con la Audiencia que la legitimación pasiva para soportar la reclamación del precio correspondiente al combustible suministrado correspondía únicamente a quien lo contrató y tenía la plena posesión y disfrute del buque, como empresario de la navegación y auténtico "Señor de la nave y maestro del navio".

R. DE A.

NEGOCIO FIDUCIARIO. VENTA EN GARANTIA: NATURALEZA Y EFECTOS
(SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1988).

Se inicia esta Sentencia con el estudio del segundo de los recursos interpuestos, o sea el de don Manuel Y. B., por razones que de su estudio son fáciles de comprender, el cual se encuentra integrado por diez motivaciones cuyo soporte procesal es el siguiente: Primera, cuarta, séptima y novena, con sustento en el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba; segunda, tercera, quinta, sexta, octava y décima, sobre el ordinal 5 del mismo precepto que las anteriores.

El adecuado estudio de este recurso requiere dejar explicitado que la Sentencia por él impugnada con base en el estudio de los antecedentes de hecho y pruebas practicadas en la extensa y complicada litis que ahora concluye, ha dejado sentados como presupuestos fácticos sobre los que ahora debe centrarse el objeto de la presente impugnación, los siguientes: 1.º Que "al mismo tiempo que se formalizaba la escritura de compraventa de los apartamentos del edificio Martina a favor del señor M., se formalizaba el préstamo en favor del señor Y. B., para cuya garantía precisamente se enajenaban los referidos apartamentos, hoy reclamados, teniendo tal operación todas las características de los denominados

negocios fiduciarios" (2.º considerando de la Sentencia de Primera Instancia); 2.º "que la Agencia M. fue entregando periódicamente determinadas cantidades a don Manuel Y. B., garantizando mediante cambiales firmadas en blanco y aceptadas por dicho señor y su esposa, **figurando**, además, en la mayor parte de los casos, la firma de su hijo en concepto de librador, y sumando el importe de dichas cambiales un total de 51.000.000 de pesetas; debiendo destacarse que en ningún caso se trata de renovaciones de préstamo, pues en todos los comprobantes están en blanco la casilla correspondiente a la letra a renovar" 3.º "También consta acreditado con tal documentación que la Agencia M. por el mismo sistema fue entregando a don H. B. y a «C. B., S.A.», produciéndose *a diferencia del caso anterior*, canjes de letras en las que interviene con su firma el señor Y. B."; 4.º consta "igualmente que al final quedaron cambiales perfectamente diferenciadas por el importe de 53.000.000, 17.551.000 y 12.000.832 pesetas"; 5.º igualmente consta acreditado, "que efectivamente la Agencia M. *renovó los préstamos parciales subsistiendo la garantía cambiaría incluso después de transcurrido el plazo fijado en el documento privado de 27 de febrero de 1970 para que el señor Y. pudiera ejercitar su derecho de retroventa*, pero una vez iniciada la suspensión de pagos de la Agencia M. ya tales **renovaciones** no se produjeron, por lo cual, *aunque tácitamente el plazo al principio concedido fue prorrogado, llegó un momento en que el préstamo se dio por finiquitado*"; 6.º en referido documento privado de 1970, además de señalarse la operación de compraventa consignada en documento público de la misma fecha y referida a las fincas que son objeto de debate, por el precio de 5.000.000 de pesetas, se manifestaba que el vendedor señor Y. "podrá exigir de M. la retroventa de las fincas, siempre que liquide la expresada deuda con la Agencia M.", señalándose que *"El tiempo para reclamar la devolución de las fincas es el de tres años, contados a partir del día de hoy..."* consignándose también que referida operación, no obstante lo manifestado en la escritura pública de compraventa *"...el carácter de garantía para el cumplimiento de las obligaciones que le incumben al señor Y., con motivo del préstamo concedido al mismo por la Agencia M.,"* y 7.º el importe de los préstamos concedidos el señor Y. B. y no satisfechos por éste a la entidad Agencia M., asciende a 51.000.000 de pesetas.

El Tribunal de Apelación, tomando como puntos de partida la generalidad de los presupuestos fácticos que se dejan relatados, llega a la conclusión, aceptada por el recurrente en su primera motivación bien que con ciertas especificaciones que se pondrán de relieve en el estudio de la misma, que "...existió un préstamo de la Agencia M. en favor del señor Y. B., con carácter personal, que éste garantizó con la entrega de cambiales que llevaban su firma y la de su esposa e hijo" (considerando noveno), y otros a don H. B. y a "C. B., S.A.", préstamos diferenciados.

Y ya dentro del recurso, siguiendo la sistemática de la casación en el estudio y desarrollo de los correspondientes motivos, bien que con alguna alteración por razón de las características del mismo, es conveniente comenzar por aquellos que se inspiran en el error de hecho, o sea, los primero, séptimo y noveno, dado que el cuarto será objeto de especial y separada atención, en los cuales y si bien todos con el mismo soporte del error, lo denunciado es: en el primero, la proyección del mismo sobre la apreciación de la prueba consistente en "las letras de cambio por importe de 51.451.250 pesetas, que se acompañan con el escrito de demanda de la contraparte", combatiendo las apreciaciones de la Audiencia en orden a que si bien la misma reconoce la existencia de los dos tipos de préstamo que se especifican en los considerandos primero a tercero de la Sentencia, para

el recurrente el error radica en que no se trata de préstamos distintos, sino de uno sólo, representado por las cambiales aceptadas todas ellas por don Manuel Y. B., quien, en consecuencia, era el único deudor de las cantidades en ellas comprendidas. En cuanto al motivo séptimo, el error denunciado se refiere a la apreciación "de los recibós por importe de 3.000.000 de pesetas cada uno, acompañados con el escrito de contestación a la demanda", "que demuestran la evidente equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios". En esta motivación, se cuida el recurrente de poner de relieve que "Aunque este motivo no afecta al verdadero fondo del asunto, sí es importante para determinar la cantidad adeudada por el señor Y. B., con cuyo pago tendrá derecho a exigir la retroventa de los locales y apartamentos del «Edificio Maravillas»". Por último, en el motivo noveno, el error denunciado se apoya en el documento número 245, "en el que se relacionan las personas tenedoras de las letras y de los documentos 246 y 247 relativos a las escrituras públicas de compraventa de determinadas fincas", y va dirigido a atacar principalmente —se dice— "al fundamento de derecho octavo de la Sentencia recurrida, sin que tampoco se refiera al verdadero fondo del asunto".

Ninguna de las motivaciones indicadas en el precedente fundamento es de aceptación, por cuanto aunque fundamentadas en el error de la apreciación de las pruebas por el Tribunal *a quo*, infracción que se pretende derivar, como el número 4 del artículo 1.692 de la Ley Rituaria exige de la valoración realizada por la Sala de Apelación de los documentos que el recurrente señala, cuyo contenido probatorio en opinión del mismo no aparece contradicho por ninguna otra de las pruebas practicadas, tal aseveración no es exacta, dado que independientemente de las constantes declaraciones de esta Sala de las valoraciones probatorias realizadas por los Tribunales prevalecen sobre las de los litigantes o recurrentes a menos que se acredite que son ilógicas o arbitrarias, declaración ésta que si bien en ocasiones tiene el alcance de mera frase hecha, no acontece así en este supuesto, dado que el concienzudo estudio que la Sala de Instancia ha realizado del asunto en cuestión y de sus pruebas, puesto de relieve a través de los catorce considerandos de su Sentencia y de la minuciosidad con que en ellos se afronta cada uno de los temas ofrecidos a su enjuiciamiento, acreditan lo acertado de unas conclusiones derivadas de los presupuestos fácticos que se señalan probados a la vista del conjunto de probanzas practicadas y examinadas.

Y dicho cuanto antecede, al adentrarse en el examen de estas tres motivaciones y con objeto de reforzar su desestimación debe indicarse, que dirigida la primera a criticar las declaraciones de la Sentencia impugnada en sus considerandos primero a tercero ha de tenerse en cuenta que, tomando como punto de partida y aceptando plenamente que en los mismos se señala la existencia de dos préstamos independientes, uno de índole personal de la Agencia M. a don Manuel Y. B. y otro concedido a diversas personas, ello sólo puede conducir, interpretando adecuadamente el resto de las pruebas practicadas y cifiéndose el Tribunal al tema del préstamo o préstamos concedidos a referido señor, a la conclusión de "que solamente a aquel préstamo puede referirse el documento privado de 27 de febrero de 1970", así como la escritura pública de compraventa de los locales comerciales y apartamentos del Edificio Maravillas; de que las cantidades que la Agencia M. iba entregando a Y. B., eran garantizadas mediante cambiales firmados en blanco por dicho señor y aceptadas por el mismo, su esposa e hijo; y de que, por tanto, los dos préstamos indicados no pueden ni deben refundirse en uno solo como se pretende. Pero es que, además, aun cuando

así no fuere, la conclusión a la unificación de los dos tipos de préstamo que se pretende por el recurrente, a lo único que conduciría, en cuanto garantizados los segundos por el señor Y., es a incrementar el *quantum* de las sumas que habría de restituir.

No otra solución que la desestimación corresponde también a los motivos séptimo y noveno, en los que bajo idéntica rúbrica procesal que los dos examinados, se denuncia el error que en ellos pero referido: el séptimo, a los "recibos por importe de 3.000.000 de pesetas cada uno, acompañados con el escrito de contestación a la demanda, que demuestran la evidente equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios"; y el noveno al "documento número 255 en el que se relacionan las personas tenedoras de las letras". El rechazo de ambos motivos radica en que: derivado el error denunciado en el primero de ellos de la confusión en que se dice ha incidido la Sala de Apelación entre el contrato fiduciario y el de compraventa con pacto de retro, es una evidencia **irrefutable**, cual se pondrá de relieve al estudiar las motivaciones quinta y sexta, que **referido** error no existe y ello sin olvidar, que lo declarado en el fundamento duodécimo de la Sentencia impugnada no es exactamente lo que se indica en el motivo para apoyar el error denunciado sino que "...aun en el supuesto que le pudiera ser más favorable de tratarse de cambiales referidas al préstamo personal y que realmente no le fueran entregadas, vista la fecha de tales recibos, pudieron hacerse valer en el momento del préstamo, *pago que nunca se llevó a cabo*".

Se procede ahora al examen de las motivaciones segunda, tercera, quinta, octava y décima fundamentadas todas ellas en el ordinal 5 del artículo 1.692 de la Ley Rituaria y en las cuales se imputa a la Sentencia impugnada las siguientes infracciones: en la segunda y tercera, la inaplicación de los artículos 1.253 y 1.256, respectivamente; en la quinta, la inaplicación indebida del artículo 348 número 2, en relación con el 1.445 del Código Civil; en la octava, la no aplicación del artículo 1.101.1 del mismo Cuerpo legal, y en la décima, la violación por inaplicación del artículo 1.156.1 del citado texto legal en relación con las Sentencias de esta Sala que cita.

Ninguno de **referidos** motivos puede prosperar, por las razones que se pasan a exponer; los segundo y tercero cuyo examen conjunto se realiza por razón de estar ambos basados en supuestos análogos, las presunciones, dado que las consecuencias que el Tribunal de apelación ha seguido en orden a los aspectos que en estos motivos se señalan: la indeterminación del importe o cuantía del préstamo (el segundo) y la existencia de un préstamo personal de la Agencia M. al señor Y. (el tercero), siguen el lógico e ineludible razonamiento que deriva del hecho base conocido y reflejado en los presupuestos que se declaran probados.

En cuanto a la motivación octava acusa la violación por no aplicación del artículo 1.101.1 del Código Civil y de las Sentencias de este Tribunal que indica, con base en que "probado el pago de los correspondientes recibos, estas cantidades de 3.000.000 de pesetas cada una, en su total de 6.000.000 debe reducirse de los préstamos pendientes de satisfacer por el señor Y. B., para contra su abono, se le otorgue la escritura pública retrovertiéndole los locales y apartamentos del «Edificio Martina», transmitidos en garantía en virtud del negocio fiduciario, constatado en el documento privado de 29 de febrero de 1970...". El motivo sucumbe, porque además de que la Sala *a quo* no ha actuado para resolver el tema que en él se apunta, por presunciones, lo cierto es que en la motivación lo mismo que acontece con otras del presente recurso, lo que se está en realidad haciendo es "supuesto de la cuestión", lo que no viene permitido en casación.

Se pasa ahora a la contemplación del motivo décimo, que estima la infracción por no aplicación del artículo 1.156.1 del Código Civil en relación con las Sentencias de esta Sala que cita, defecto que apoya en las circunstancias de que "con las escrituras que se otorgaron a favor de las 31 personas, de los inmuebles propiedad del señor Y., se pagaron las letras de que eran tenedores, consecuencias de haberlas negociado con la «Agencia M.»". Tampoco esta motivación puede ser de recibo, ya que es de destacar como se indica en el considerando 8.º de la Sentencia impugnada "que según afirmó al interponer como testigo el señor F. R., tales cambiales estaban avaladas por él, con lo que queda descartada toda relación con las que se encontraban en poder de la Agencia M. con la firma exclusiva del señor Y., esposa e hijo, y que fueron presentadas con la demanda".

Y contemplados los anteriores motivos así como expuestas las causas de su desestimación, se entra en el estudio de los restantes, los cuales son aceptados en parte y de acuerdo con lo que en los sucesivos fundamentos se expondrá. Dichas motivaciones son, por orden numeral, las cuarta, quinta y sexta; la primera de ellas con soporte en el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Ritos y la segunda y tercera en el ordinal 5 del mismo precepto.

Respecto del primero de estos dos motivos, en el cuarto, de precedente examen por razón de su ubicación y contenido procesal, se denuncia el error en la apreciación de la prueba documental "... y, en especial, del documento privado de fecha 27 de febrero de 1970, aportado a los autos por la parte actora", que demuestra la equivocación del juzgador sin resultar contradicho por otros elementos probatorios. Esta motivación ha de ser aceptada en el siguiente sentido: a) Se señala en referido documento, cual quedó indicado en el número 6.º del fundamento 2 que "El tiempo para reclamar la devolución de las fincas es de tres años, contados a partir del día de hoy" (27 de febrero de 1970); b) Se declara también en la Sentencia impugnada y aparece como hecho probado, que la Agencia M. siguió renovando los préstamos parciales al señor Y. "incluso después de transcurrido el plazo fijado" en referido documento y hasta que se inició la suspensión de pagos de referida entidad, hecho éste que según el considerando tercero de la Sentencia impugnada tuvo lugar en *el año 1977*; c) Sin embargo, la de Primera Instancia en su considerado tercero establece que "evidentemente y a la vista de la documental aportada a las actuaciones resulta evidente que el vencimiento del préstamo se defirió a una fecha posterior, pudiendo fijarse *el 31 de diciembre de 1979, como fecha en la cual cobró virtualidad la escritura de compraventa otorgada*"; d) La demanda iniciadora de la litis que aquí concluye, se presenta por los recurridos en el Juzgado de Primera Instancia de La Orotava el 23 de octubre de 1980; e) Es evidente, por tanto, que si la Agencia M. como prestamista siguió renovando los préstamos al prestatario señor Y., renovaciones que se mantuvieron hasta fecha muy posterior a los tres años que aparecen en el tantas veces citado documento privado, dicha continuidad ha de afectar también al plazo inicialmente fijado para devolver el importe de referidos préstamos, fecha, que en el peor de los casos para el señor Y., debe entenderse que comprende todo el año 1980, al no constar en la Sentencia impugnada otro dato que el indicado de que la suspensión de pagos de la Agencia M. tuvo lugar en el año 1977; f) Consiguientemente, la acción ejercitada por los actores recurridos lo fue antes de que hubiere transcurrido esa prórroga tácitamente establecida de los préstamos y del plazo para el vencimiento de su devolución, en cuanto tanto si el cómputo del plazo de prescripción debe iniciarse concluido el año 1977, como si lo es en 31 de diciembre de 1979, el 23 de octubre de 1980 no había concluido, y g) Por ello, la declaración contenida en el considerando séptimo de la resolución

impugnada de que; "aunque tácitamente el plazo al principio concedido se fue prorrogando; llegó un momento en que el préstamo se dio por finiquitado", al no retrotraer los efectos de su impago al momento en que se da por concluido el mismo, se incide en el error denunciado en el motivo y por lo que a esos efectos se refiere. Pero es que además y en todo caso, la estimación en parte del presente recurso procede por lo que en los siguientes fundamentos se expondrá.

Se pasa ahora al estudio de los motivos quinto y sexto, los de mayor importancia y trascendencia; toda vez que es dentro de su ámbito donde se puede tratar el siempre espinoso y hasta ahora no unívocamente resuelto tema de los "negocios fiduciarios" y sus efectos; bien que el aspecto a tratar aquí venga referido únicamente a la manifestación que es objeto de solicitud en la motivación: la doctrina denominada *fiducia cum creditore*. En dichos motivos, lo que se apunta es, en el quinto, la aplicación indebida del artículo 348.2 en relación con el 1.445 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial sobre la figura del negocio fiduciario en garantía que cita; y en el sexto, la infracción del artículo 1.740 referido al préstamo mutuo en relación con los 1.859 y 1.884 del Código Civil y las Sentencias que indica, cuya argumentación descansa en que: "Si la verdadera causa de la transmisión de los apartamentos y locales del «Edificio Martina» fue la garantía de los préstamos otorgados por la Agencia M. a favor de don Manuel Y. B., vencidos tales préstamos, lo procedente es que, el prestamista fiduciario, reclame su importe y si no se satisface por el prestatario fiduciante, proceder a su ejecución en el juicio correspondiente...". Este motivo es estimado por las consideraciones que se explayan en los siguientes fundamentos, no así el quinto, que se desestima, pero luego estudiado aquí no tiene otra finalidad que la de centrar la argumentación del sexto.

En el motivo quinto lo que se acusa es la aplicación indebida del artículo 348.2, en relación con el 1.445 del Código Civil y la jurisprudencia que se cita, haciéndose girar todo ello sobre la base de que en la demanda se ejercita la acción reivindicatoria, la cual, por exigir que quien la esgrime justifique su cualidad de propietario del bien reivindicado, no pueda triunfar en este concreto supuesto, dado que el contrato traslativo de los bienes fue un negocio fiduciario, cuya causa eficiente no consiste en enajenación propiamente dicha sino en ser garantía o afianzamiento de la obligación a que la relación obligacional responde, razones que conducen a considerar que los actores no podían reivindicar los locales y apartamentos objeto de este proceso.

Este motivo no puede prevalecer: 1.º Porque los actores no ejercitan como pretende el recurrente una acción reivindicatoria sino declarativa del dominio respecto de las fincas que sirven de garantía al crédito, cual resulta claramente de la primera petición del suplico de la demanda en el que se interesa: 1) "Que se declare que se transmitieron las fincas a que se refiere el hecho primero en garantía del cumplimiento de los préstamos personales hechos al señor Y. B. y su esposa"; 2) Porque aun admitiendo que se ejercitara por los actores una acción reivindicatoria, ello no supone que haya de reconocérseles la titularidad dominical de lo reclamado, en cuanto tal acción puede ser o no admitida por los Tribunales, cual aconteció en este caso en que el Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y la Sala de la Audiencia Provincial lo admite.

Se llega así a la contemplación del motivo sexto, cuyo adecuado estudio hace preciso adentrarse en la naturaleza del contrato origen de la discordia, el cual, no obstante el inicial acuerdo de las partes e incluso de las dos Sentencias dictadas, no ofrece una tipificación tan clara como la que se le ha dado, por cuanto más que de negocio fiduciario merece la calificación de *fiducia*, diferencia

radicante en que si bien en unos y otros concurren dos manifestaciones negociales distintas; en este caso un préstamo y una venta con pacto de retro, en los negocios de fiducia la voluntad de transmitir y la de adquirir no son suficientes para producir el efecto traslativo intentado o perseguido, toda vez que la validez y eficacia del contrato exige la existencia de una causa suficiente justificadora del fin que las partes han pretendido o buscado, finalidad que en casos como en el presente, consiste para el prestatario en obtener el capital que necesita y para el prestamista garantizarle la devolución de lo prestado. A estos efectos, debe ponerse de relieve, que los presupuestos fácticos expuestos en su lugar oportuno, muestran cómo en este caso la razón de ser de la venta con pacto de retro fue precisamente el préstamo concedido al firmarse el documento privado de 31 de diciembre de 1970, por Almacenes M. al señor Y. B. En cuanto a la posibilidad de estos negocios de garantía con fiducia, o de fiducia en garantía —que no fiduciaros— tiene su razón de ser, además de en las peculiaridades que se han dejado expuestas, en la circunstancia de que el Código Civil no limita las figuras contractuales a salvo de las prohibiciones del artículo 1.255; que el artículo 3.1 del Código Civil proclama la aplicación del derecho atendiendo a las necesidades sociales de cada momento histórico, lo que ha permitido la creación de nuevos tipos o manifestaciones tanto de derechos reales, como de contratos, de lo cual son ejemplo la admitida distinción entre servidumbres de paso y *serventías* o la de los contratos de renta vitalicia y los vitalicios. Pero es que, además, tampoco puede olvidarse a los efectos de configurar esa figura de la fiducia, que la Ley no favorece ni el abuso del derecho ni su ejercicio antisocial, marcos éstos entre los que se encuentra comprendido el enriquecimiento injusto, a cuyos efectos debe señalarse que el importe de los préstamos otorgados por la Agencia M. al señor Y. B. ascendía a 51.000.000 de pesetas y la garantía inmobiliaria comprendía 40 apartamentos y tres locales en el "Edificio Martina", sito en La Orotava.

Y siguiendo con esta motivación, para completar su estudio se hace preciso aludir a otro aspecto de la misma, el relativo a los pactos de *lex comisoria*, eje juntamente con el anteriormente tratado de la contraposición entre la tesis de la Sentencia impugnada y la en este motivo alegada, pacto cuya admisión en este caso concreto se rechaza. Este repudio, obedece a la consideración de que en aquellos casos en que como el aquí contemplado la causa eficiente de la garantía consistente en la transmisión de la propiedad fue el préstamo, la aceptación de estos pactos no es aconsejable: a) Porque si bien es innegable que la doctrina de esta Sala los tiene admitidos para ciertos supuestos, ello no tiene un carácter general en cuanto que en otros los rechaza; b) Porque en el Código Civil existe una concreta prohibición de los mismos para los contratos de garantía a que el artículo 1.859 se refiere (hipoteca y prenda); c) Porque aun cuando algún sector de la doctrina científica no lo admita, lo cierto es que la más generalizada posición acepta que la prohibición contenida en dicho precepto pueda extenderse a otros supuestos, lo cual no rechaza la jurisprudencia de esta Sala, extensión que puede operarse perfectamente para casos como el presente (de mutuo), por virtud de la aplicación analógica de referido precepto y a tenor de lo dispuesto en el artículo 4.1 del Código Civil, máxime cuando de tal analógica aplicación no resulta para el prestatario el evidente perjuicio que podría derivar de la atribución de propiedad al prestamista de los 43 locales y apartamentos, que se han dejado indicados, ni tampoco lo supone para el prestamista quien ostenta como garantías, además del *ius distrahendi* un derecho de preferencia para el cobro de su capital, sin olvidar el derecho a ejercitar judicialmente las oportunas acciones para exigir el cumplimiento del débito, así como el de interesar la venta en

pública subasta de los bienes que sirven de garantía al préstamo. Por todas estas consideraciones, el motivo sexto es estimado.

Se procede ahora al estudio del recurso interpuesto por la Entidad Mercantil "M., S.A.", que consta de una sola motivación en la cual y bajo el amparo procesal del ordinal 5 del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, se denuncia la interpretación errónea del artículo 57 en relación con el 10 y 22.1 de la LAU; por no estimar a la sociedad recurrente arrendataria de los locales y apartamentos del "Edificio Martina" desde el 20 de marzo de 1974, lo que supone que siendo dicho arrendamiento anterior al Real Decreto de 30 de abril de 1985 que suprimió la prórroga forzosa de los arrendamientos urbanos de viviendas y locales de negocio, el hecho de haberlo tenido en cuenta conlleva la infracción de los preceptos indicados.

La motivación ha de prosperar por razón de las consideraciones que se han expuesto al estudiar el anterior recurso, las cuales conducen a la consecuencia de que no ostentado la Agencia M. titularidad dominical alguna sobre referido edificio y sí, únicamente, como quedó expuesto un *ius retentionis* acompañado de derecho de preferencia y demás facultades o privilegios que se dejaron indicadas, carece de la titularidad necesaria para interesar tanto el desahucio como la conclusión o extinción de la cesión de la explotación de los locales y apartamentos que, existentes en el edificio cuestionado, los ocupare dicha sociedad o no por sí mismos.

La acogida parcial de la reconvencción en el sentido de fijar la cuantía a reintegrar por don Manuel Y. B. a la Agencia M., como consecuencia del préstamo a que este proceso se refiere, en la cantidad de 51.000.000 de pesetas, en lugar de los 34.000.000 que los reconvinientes señalan, es el resultado de coherencia dicha reconvencción con la estimación del pedimento que aparece en la demanda y la valoración de las pruebas hechas por el Tribunal *a quo*, que le conducen a declarar que el señor Y. B. no ha abonado en su integridad el citado préstamo, dado que dentro de los aspectos de referida estimación en parte de la demanda y acogida también parcial de la reconvencción, en el sentido que aparece en los precedentes fundamentos, se comprende la fijación del importe del débito resultante.

R. DE A.

CONTRA TO DE CORRETAJE. HONORARIOS DE AGENTE DE LA PROPIEDAD. OBLIGACIÓN DE ACTIVIDAD (SENTENCIA DE 3 DE ENERO DE 1989).

La Sentencia recurrida, revocatoria de la dictada en primera instancia, estima la demanda interpuesta por un Agente de la Propiedad Inmobiliaria, para cobrar el premio de su corretaje en la venta de un solar de los demandados.

La Sentencia establece, como hechos probados básicos, para apreciar la existencia de un contrato de corretaje: 1.º Que hubo un encargo de los demandados, al actor, para procurar la venta de su finca. 2.º Que la persona a quien se encomendó la mediación, llevó a cabo la actuación necesaria a tal fin. 3.º Que se realizaron ventas que fueron debidas a la gestión del demandante.

De tales hechos probados, no impugnados por el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se desprende la concurrencia de los requisitos jurisprudenciales que determinan la perfección y consumación de un contrato

de corretaje y el derecho del mediador de percibir su premio (Sentencias de esta Sala de fecha 18 de noviembre y 17 de diciembre de 1986, entre otras).

El motivo segundo, por infracción del artículo 1.214 del Código Civil, no puede estimarse, en tanto el principio de atribución de la carga de la prueba, reverso de la no utilización del limitado derecho a probar, de modo lícito, es un principio supletorio para el caso en el que las partes no hayan desarrollado actividad probatoria, dentro de sus posibilidades, según su situación y disponibilidad de medios, con un criterio flexible, lo que no ha ocurrido en este caso, pues la Sentencia aprecia conjuntamente la prueba practicada, con rigor lógico, dentro de la legalidad (Sentencias de esta Sala de fecha 29 de octubre, 6 de noviembre de 1987 y 22 de febrero de 1988, entre otras).

El motivo primero, por infracción del artículo 23 del Real Decreto 1613/1981, de 19 de junio, que exige actividad, previamente encomendada y tendente a la perfección del contrato, no se puede acoger, en tanto en cuanto está probado el encargo al Agente de la Propiedad Inmobiliaria y su gestión eficaz al poner a las partes en contacto, para quienes pudiesen contratar.

R. DE A.

*CONTRATO DE SEGURO. SEGURO CONCERTADO POR UN COPROPIETARIO.
LEGITIMACION PARA RECLAMAR LA INDEMNIZACION. VALOR DE LA
COSA ASEGURADA (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1988).*

Procede desestimar el primero de los motivos en que se fundamenta el recurso de casación de que se trata; que la entidad recurrente "O., S.A., C. de S. y R.", al amparo del 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basa en infracción, por inaplicación, de los artículos 392 y 394 del Código Civil, así como la doctrina jurisprudencial por la que se establece que para los copropietarios puedan comparecer en juicio en asuntos que afectan a las deudas de la comunidad han de actuar en interés, beneficio y por cuenta de dicha comunidad, porque, como ciertamente se pone de manifiesto en la Sentencia recurrida, habiendo sido el demandante, ahora recurrido, don Abdón G. P. quien personalmente contrató el seguro en cuestión, perfeccionando con asentimiento de la precitada entidad demandada, ahora recurrente, "O., S.A., C. de S. y R.", con abono de la prima correspondiente, claro es que viene adecuadamente legitimada para instar, cual se ha efectuado, el cumplimiento de los efectos del correspondiente contrato de seguro que concertó, dado que, en ortodoxa aplicación del principio de la eficacia de los actos propios vinculantes, es lo cierto que si la precitada entidad aseguradora reconoció la capacidad para llevar a cabo personalmente el seguro cuestionado, lógico es que debe aceptar igual actuación personal para que tenga efectividad; y sin que a ello obste la circunstancia de que el contrato tan citado repercuta no solamente en favor del precitado suscriptor del mismo como asegurado, sino también de otros, a los que corresponde la Draga "M. T." asegurada, pues aparte que en el escrito de réplica ya manifiesta el demandante don Abdón G. M. actuar ostentando no sólo su propia representación sino que también haciéndolo ostentando la del que designa copropietario, en participación en la mencionada Draga de un 50 por 100 cada uno, es lo cierto que lo planteado en el juicio en cuestión no son atributivos de propiedad de una cosa en común —la referida Draga— que consideran los artículos 392 y 394 del

Código Civil y jurisprudencia con ellos relacionados, si que exclusivamente al cumplimiento de los efectos derivados de un **contrato** de seguro concertado, que indudablemente puede ser solicitado por quien lo concertó personalmente, con aceptación del asegurador, sin perjuicio, claro está, de las consecuencias que esos efectos, de tener efectividad, puedan repercutir en los demás partícipes en el bien asegurado, al ser ésta una cuestión de índole meramente interna entre ellos, pero no con alcance a la entidad aseguradora, que con quien ha de cumplir es con aquél que con ella ha contratado personalmente.

A igual solución desestimatoria es de llegar en cuanto al motivo segundo, planteado al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendido error en la apreciación de la prueba, en cuanto la Sentencia recurrida fija como cantidad a abonar por la entidad aseguradora "O., S.A., C. de S. y R.", al asegurado don Abdón G. P., la cantidad de 20.000.000 de pesetas, fijado en el correspondiente contrato de seguro como valor de la Draga "M. T.", cuando su adquisición fue llevada a cabo en el precio de 8.000.000 de pesetas, según revela el documento privado de su compra fechado el 7 de mayo de 1980, que la expresada entidad recurrente establece como documento acreditativo del alegado error, porque sí es exacto que tal documento privado revela que la compra de la Draga "M. T." de que se viene haciendo mención y que fue objeto del seguro concertado tuvo lugar señalando como precio de adquisición la indicada cantidad de 8.000.000 de pesetas, es igualmente de tener en cuenta que el valor asignable a la referida Draga asegurada es de considerarlo no con relación al de su compra que haya efectuado en su día el asegurado, sino al que corresponde en la realidad, y ninguna apreciación contiene la resolución impugnada evidenciadora de que la entidad aseguradora haya acreditado que ese valor real no se corresponda con el que a dicho objeto del seguro cuestionado se fijó en el contrato de seguro concertado, ni, en consecuencia, que haya quedado destruida la presunción legal, a que se contrae el artículo 752 del Código de Comercio, de admisión por la entidad aseguradora de la exacta valoración hecha en la póliza suscrita de los efectos asegurados, puesto que, como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 26 de noviembre de 1925, el documento de compra no es eficiente para evidenciar el valor real de lo asegurado, pues éste responde no a su identificación con el de adquisición, sino al determinado por las fluctuaciones de la oferta y la demanda y del mercado, lo que indudablemente conduce a que cuando el asegurador no acredite que existe distonía entre el valor real y el fijado en la correspondiente póliza, ha de primar la indicada presunción sancionada en el mencionado artículo 752 del Código de Comercio.

R. DE A.

CONTRA TO DE SEGURO: PRESCRIPCION DE LA ACCION DEL ASEGURADO
(SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1988).

El objetivo del juicio de que el presente recurso de casación dimana es la reclamación de la indemnización correspondiente conforme a póliza de seguro emanda por la demandada "M. N." y por cuenta de E. W., vendedora, a la orden del B. de C. de S. de C., para todo riesgo aéreo, robo, incendio, pérdida total o parcial desde la bodega del vendedor a bodega del comprador en Santiago de Chile. Reconocidamente, el seguro se conviene el 17 de marzo de 1981 hasta la terminación del viaje en Santiago de Chile de una expedición de juegos de

películas; al hacerse el despacho aduanero el 14 de mayo de 1981 se descubrió la sustracción habida y el estado lamentable de 19 juegos de películas de los 32 recibidos, contrayéndose la reclamación a la indemnización correspondiente a los 1.187 juegos de películas no recibidos o recibidos totalmente dañados.

La Sentencia impugnada establece que en 5 de agosto de 1981 "E. G. S. L." envió una carta a la entidad "M. N., S.A.", por la que se le reclamaba la indemnización pactada por la pérdida de las mercancías aseguradas; que, en fecha 2 de diciembre de 1981 "M. N., S.A." contestó a la reclamación, alegando no poder atenderla toda vez que no estaban incluidas en la cobertura de la póliza las circunstancias de las que derivó la falta de la mercancía, aceptando únicamente la reclamación en relación a 19 juegos de películas que resultaron dañadas; y en fecha 18 de enero de 1982 los abogados de la empresa "S.", "E. V. y C." dirigieron a "M. N." una carta, exponiendo una detallada relación de la forma en que sucedieron los hechos, a fin de que la hoy demanda reconsiderase su primitiva posición, cuyo escrito no obtuvo respuesta alguna, a pesar de que el 3 de marzo de 1982 se reiteraba su contenido por télex; y, finalmente, que, "a partir de la indicada fecha, no consta reclamación alguna contra la entidad «M. N., S.A.», hasta la interposición de la demanda que motivó el presente procedimiento"; concluyendo, por ello, que la acción ejercitada se hallaba prescrita al presentarse la demanda el 20 de julio de 1985. Los hechos alegados en el séptimo de la demanda, vuelto del folio 4, expresamente inadmitidos por "M. N." no han sido probados y la Audiencia prescinde de ellos, como se deja consignado.

El recurso de "M. N." contra la Sentencia de la Audiencia carecía de interés para la Sociedad recurrente luego de haber quedado desestimada la demanda de "B. de C." contra la misma ya que lo pronunciado por la Audiencia es la desestimación de la pretensión de reclamación por aceptación de la excepción de prescripción de la acción; procediendo en todo caso su desestimación ya que, apreciando que la póliza del contrato de seguro litigioso fue emanada a la orden de "B. de C." quien financiaba la operación de compraventa de la mercancía transportada y sentado por la audiencia que existe poder irrevocable otorgado por "S." que es la Sociedad compradora, otorgado el 29 de julio de 1983, a favor de "B. de C.", que, además, figura en el certificado de averías de 9 de julio de 1981, claudica el motivo primero de dicho recurso, al amparo del número 4.º del artículo 1.692, por error de hecho, ya que los documentos que se citan como demostrativos del padecido por el juzgador al sentar dicho aserto de haberse cedido voluntariamente la póliza a favor de la entidad (a cuyo orden aparece emitida) no se demuestra con el examen de los documentos señalados para denotarlo. El motivo segundo, al amparo del número 5.º del mismo artículo 1.692, es un confuso alegato de los artículos 12.6 y 1.214 del Código Civil y 504, 505 y 600, de una parte, y 533.2 de otra, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y del artículo 6.º de la Ley de Contrato de Seguro; con cuya alegación se aspira a demostrar, contra el criterio de la Audiencia, la falta de prueba de la transferencia de la póliza y del crédito contra el asegurador, y la consiguiente legitimación activa de "B. de C.", lo cual es un punto de hecho.

Procede mantener la Sentencia de la Audiencia que el recurso de "B. de C." impugna y para ello desestimar los dos motivos del mismo, y en los que se denuncia, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción de lo dispuesto en el número 3 del artículo segundo del Código Civil (motivo primero) y en la disposición transitoria segunda de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. Según dicha disposición transitoria, en efecto, los contratos de seguro celebrados con anterioridad a la entra-

da en vigor de la misma (a los seis meses de su publicación en el *"Boletín Oficial del Estado"* que tuvo lugar el 17 de octubre de 1980 o sea el 18 de abril de 1981) se adaptarán a la misma en el plazo máximo de dos años a partir de su vigencia, quedando sometidos desde su adaptación o desde el momento en que transcurran los referidos años, a los preceptos de la misma; por tanto, la Ley de Contrato de Seguro se aplica al contrato litigioso desde el 18 de abril de 1983. Ha de entenderse, con la Audiencia, que el plazo de dos años introducido por el artículo 23 de la Ley de Contrato de Seguro para las acciones que se derivan del contrato de seguro si se trata de seguro de daños, como es el caso, extinguió la acción a los dos años de la entrada en vigor de la Ley de 18 de abril de 1983 y, por lo tanto, el 18 de abril de 1985 y la demanda se presentó, como se tiene dicho, el 20 de julio de 1985, por lo cual estaba la acción prescrita; no siendo óbice para ello, ni que el contrato fuera anterior (17 de marzo de 1981), ni que el siniestro sobreviniera antes del 14 de mayo de 1981. La disposición transitoria de la Ley de Contrato de Seguro no tiene otro efecto que el de sujetar los contratos celebrados con anterioridad desde el momento en que transcurren los dos años de la vigencia o sea después del 18 de abril de 1983, a los preceptos de la misma. Según el criterio del artículo 1.939 del Código Civil la prescripción comenzaba antes del Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo; y debe ser considerado dicho artículo como Derecho transitorio común, pudiendo aplicarse también a las leyes que no posean propias y específicas normas especiales de transición, sin que ello comporte efecto retroactivo, contrario al número 3 del artículo 2 del Código Civil.

R. DE A.

SOCIEDAD ANÓNIMA: OBLIGACIONES CONTRAÍDAS ANTES DE SU CONSTITUCIÓN LEGAL RECIBO DE CAPITAL SIN RESERVA SOBRE LOS INTERESES (SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1989).

Promovida por don Juan José C. I. ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Madrid demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don José Luis S. S. y don Ramón S. M., sobre reclamación de cantidad, con fecha 2 de junio de 1986 recayó Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid en la que, confirmando la dictada por el referido Juzgado el 16 de marzo de 1984, 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 otros, los siguientes hechos: A) Que las tres personas implicadas en la presente litis acordaron constituir una sociedad anónima, como así lo hicieron, el 5 de abril de 1978, con la denominación de "P., S.A.", sociedad que no se inscribió en el Registro Mercantil; B) Que el 19 de junio de 1978 el actor señor C. prestó a "P., S.A." 22.000.000 de pesetas, y C) Que hasta el momento el actor ha sido reintegrado en tan sólo 13.000.000 de pesetas.

Renunciados expresamente en el acto de la vista los motivos primero y tercero, tampoco el segundo podrá prosperar ya que en el mismo, de manera híbrida y al amparo del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, parecen pretenderse, a la vez, la existencia de un error en la apreciación de la prueba, basada en unos documentos —los que contienen la fotocopia de los

talones entregados en concepto de préstamo— y la infracción del precepto hermenéutico contenido en el artículo 1.281 del Código Civil, y es lo cierto que ni a través del pretendido error en la valoración de tales documentos, ni tampoco de su incorrecta interpretación por parte de la Sala sentenciadora puede concluirse que ésta hubiera afirmado con desacierto la existencia de un préstamo hecho por el actor a la Sociedad "P., S.A.", por lo que debe decaer este tercer motivo.

También habrán de ser objeto de desestimación los motivos cuarto, quinto y sexto, que pretenden, respectivamente, la vulneración del mandato del párrafo segundo de los artículos 26 y 27 de la Ley de 17 de julio de 1961, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, en el cuarto, de los artículos 7 de la misma Ley de Sociedades Anónimas y 120 del Código de Comercio, en el quinto y, finalmente, de los artículos 7, 1.258, 1.203, 1.204 y 1.755 del Código Civil, en el sexto, motivos éstos que no tienen en cuenta la doctrina reiterada de esta Sala que tiene sentadas las siguientes conclusiones: Primera: Que el supuesto referente a los actos realizados por los gestores antes de la constitución legal de una sociedad mercantil está previsto y regulado por la norma general acuñada en el artículo 120 del Código de Comercio, a cuyo tenor los encargados de la gestión social que contravinieren lo dispuesto en el artículo anterior relativo a la constitución de la compañía mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil, serán solidariamente responsables para con las personas extrañas a la compañía con quienes hubiesen contratado a nombre de las mismas y por las normas especiales contenidas en el artículo 7.º de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951 y en el 6.º de la Ley sobre el mismo Régimen de las Sociedades de Responsabilidad Limitada, con arreglo a las cuales es preciso distinguir entre los actos necesarios para la constitución de esta clase de sociedades, los que podrán ser realizados por los gestores antes de la inscripción en el Registro Mercantil, siendo de cuenta de la sociedad los gastos que por esta causa se originen y los demás contratos concluidos en nombre de la sociedad antes de la inscripción, la validez de cuáles quedará subordinada a este requisito y a la aceptación por la sociedad dentro del plazo de tres meses y, en su defecto, los gestores serán responsables solidariamente frente a las personas con las que hubiese contratado a nombre de la sociedad. Segunda: Que en torno al momento del nacimiento de la responsabilidad *ex lege* de los gestores ha de entenderse que el texto del inciso inicial del artículo 7.º de la Ley de 21 de julio de 1951, cuya fase inicial "en su defecto" se refiere al defecto o falta de los requisitos, que la falta del primero, es decir, de la inscripción en el Registro Mercantil, implica necesariamente la imposibilidad jurídica de producción del segundo, por lo que el defecto de tal inscripción es suficiente para desatar la responsabilidad de los gestores, siempre que las personas con las que hubiese contratado en nombre de la sociedad reclamen, antes de practicarse aquélla, el cumplimiento de las obligaciones dimanantes del contrato. Tercera: Que ésa es la *ratio legis* del comentado artículo 7, ya que conteniendo éste una serie de disposiciones dictadas en favor de las personas que contrataron con los gestores, lejos de hallarse protegidas éstas, quedaría en el mayor desamparo el tercero si éste tuviese que esperar, *sine die*, a que acaso llegase a inscribirse la sociedad en el Registro Mercantil y a que, dentro del plazo de tres meses, ratificase o no el contrato para ejercitar su acción contra ella, en el primer caso, o contra los gestores, en el segundo, por lo que debe declararse frente a las personas que hubiesen contratado en nombre de la sociedad, son *solidariamente* responsables los gestores si en el momento de la consumación del contrato no está inscrita aquélla en el Registro Mercantil. La

aplicación de la doctrina transcrita al supuesto de autos nos lleva a la necesaria desestimación de los motivos y confirmación de la resolución que se recurre, toda vez que, acreditado en autos, como lo está, al haber sido desestimados los motivos que pretendían combatir los hechos probados, que el actor suscribió con los restantes socios gestores de la sociedad un contrato de préstamo que no ha sido devuelto, y que la sociedad no llegó a ser inscrita en el Registro Mercantil, son los socios gestores quienes deben responder de la devolución del préstamo en cuestión, y ello frente a los terceros que contrataron con la sociedad, carácter éste de tercero que, indudablemente, concurre, a estos efectos, en el actor recurrido, quien, por lo tanto, se halla facultado para solicitar la devolución de lo que había de ser objeto de préstamo, a las personas que como gestores de una sociedad lo recibieron; y ello sin perjuicio de las posibles repercusiones que pudieran hacerse entre los receptores del préstamo que se pudieran haber beneficiado de las cantidades percibidas, por lo que cabe entender correcto el razonamiento de la resolución que se recurre.

Finalmente, el motivo séptimo pretende, también al amparo del número 5 del artículo 1.692, la vulneración del artículo 1.110 del Código Civil, por entender que los recibos del reintegro parcial del préstamo no hacen alusión a reserva alguna respecto a los intereses, lo que de ninguna manera supone que el acreedor haya perdido su derecho a los intereses relativos a la parte no devuelta del préstamo, máxime cuando la misma no se ha producido aún de manera voluntaria y ha precisado el ejercicio de una acción de reclamación de su importe, que ha dado lugar al presente recurso.

R. DE A.

CONSTRUCCIÓN EN SUELO AJENO: NO EXISTE MALA FE (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1988).

La Comunidad de Propietarios de la casa número 29-31 de la avenida de Palencia de Valladolid demandó al arquitecto y constructor del edificio instando determinadas reparaciones y la restitución de un local construido en patio común antes de constituirse formalmente la junta de comuneros. La Sentencia, entre otros pronunciamientos, condenó a los demandados a entregar el local a la Comunidad, pero, al propio tiempo, dando lugar a la reconversión, condenó a ésta a pagar previamente a la adquisición del local la cantidad de 823.092 pesetas, más los intereses legales de la citada cifra, a contar desde el día en que a la actora se dio traslado de la reconversión. Es este último pronunciamiento el objeto único del recurso.

La comunidad actora impugna la Sentencia por la vía del artículo 1.692, alegando error en la apreciación de la prueba, resultante de los documentos obrantes a cuyo efecto señala el documento privado de 20 de mayo de 1980, del que dice desprenderse que la Comunidad de Propietarios no pudo constituirse hasta mayo de 1980, aunque la escritura de propiedad horizontal se otorgara en 1977. Tal razonamiento no permite la estimación del motivo, porque los documentos aportados no destruyen la presunción de buena fe de los constructores hecha por la Sentencia de instancia. La buena fe es cuestión de hecho cuya apreciación corresponde a la Sala (STS de 12 de marzo de 1963, 5 de junio de 1981 y 23 de marzo de 1988), y desde luego no se desvirtúa por el dato de que los constructores conocieran que el edificio ya era ajeno, ni por no haber demostra-

do que construían por encargo comunitario. Del propio modo, ha de afirmarse que ninguna relación con la buena fe de los constructores tiene que la comunidad como tal no hubiera podido oponerse a la construcción, porque ello sólo afectaría a su mala fe, a la que sólo, a mayor abundamiento, acude la Sentencia de instancia, que tras resolver el caso declarando la buena fe de ambas partes litigantes, **afirma** que a idéntica conclusión se llegaría partiendo (no afirmando) de la hipótesis de que ambas partes actuaron de mala fe. En cualquier caso, aun sin funcionar la Comunidad de Propietarios, estaba ya constituida porque ya se había otorgado la escritura de división horizontal, ya existían los distintos dueños de pisos singulares y condueños de todos los elementos comunes y ellos pudieron evitar la transformación del patio común en local cerrado.

El segundo motivo, por el cauce del número 5 del artículo 1.692, impugna la resolución al entender que infringe el artículo 362 del Código Civil porque obliga a pagar al dueño del edificio lo construido de mala fe por los demandados, y el motivo decae porque no ha prosperado la pretensión de **qué** se declare que construyeron de mala fe, y por la misma razón el motivo tercero que por el mismo cauce tildaba a la Sentencia de infringir la jurisprudencia aplicable sólo a supuestos de construcción de mala fe en terreno ajeno.

R. DE A.

COMPRAVENTA DE INMUEBLES: RESOLUCION EN VIRTUD DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL OFRECIMIENTO DE PAGO EN CANTIDAD INSUFICIENTE Y POR TALON BANCARIO NO CONFORMADO. VOLUNTAD REBELDE AL CUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 4 DE ENERO DE 1989).

Se declara en la recurrida Sentencia, tras aceptar en lo sustancial los considerandos de la Sentencia apelada, que acierta el juzgador de primera instancia al negar valor al ofrecimiento que notarialmente efectuó el actor a la demanda el 26 de julio de 1985, para enervar el derecho, que a su vez concede a ésta el artículo 1.504 del Código Civil, de vedarle aquél la posibilidad de pagar el precio de la partición de la finca litigiosa que le había comprado, una vez que la misma le notificó, también notarialmente, su voluntad resolutoria de dicha venta, "y ello no porque el ofrecimiento no fuera seguido de la consignación de lo debido (art. 1.176) sino porque el ofrecimiento en sí no reunía los requisitos precisos para excluir la *mora solvendi*, toda vez que reconocido por el propio actor en confesión (primera de las posiciones) que antes de requerir a su hermana para que aceptara como resto del precio aplazado la suma de 3.082.250 pesetas, le había entregado 1.745.000 pesetas, es visto que el ofrecimiento de la suma expresada no alcanzaba a todo lo debido, y si a ello se añade que lo que se le ofrecía era un talón bancario, sin expresarle la conformidad de la entidad librada, y haciendo constar en cambio que dicho ofrecimiento se mantenía sólo durante cuatro días, forzoso es concluir que la negativa de la demandada a admitirlo incompleto y falto de garantías no carece de razón".

El motivo tercero del recurso, de examen previo a sus anteriores dada la naturaleza del vicio denunciado, amparado en la causa tercera del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa a la Sentencia recurrida el no cumplir lo establecido en el artículo 359 de la misma Ley, "ya que no se han decidido todos los puntos litigantes que hayan sido objeto de debate"; se quiere referir a que en el suplico de la demanda, punto segundo, se dice: "subsidiariamente, para el

supuesto de que no se estimase por el juzgador ser la expresada suma que ha de satisfacer don Eusebio H. G.; declare cuál sea la cantidad que había de adicionar el actor"; y, si en efecto, el Tribunal se limita a desestimar el recurso y confirmar la Sentencia de primera instancia, olvida el recurrente, aparte de que el pedir al juzgador señale dicha cantidad a los pretendidos efectos, esto es, para su adición a la ofrecida, pudiera presentar ciertas objeciones, que el fundamento que justifica el fallo, lo es tanto referido a ser la cantidad ofrecida incompleta como el no cumplir los requisitos del ofrecimiento al hacerlo por un talón falto de garantías, lo que excluye entre juego, en su caso, aquel pedimento subsidiario por lo que no cabe decir, que la Sentencia, sea incongruente.

Los motivos primero, segundo y cuarto, bajo el común amparo de la causa quinta del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil respectivamente denuncian la no aplicación del artículo tercero del Código Civil dado que "las normas se interpretarán según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas: la aplicación indebida del artículo 1.504 del mismo Código; y la no aplicación del artículo 1.170, párrafos segundo y tercero del propio Cuerpo legal; siendo lo cierto que los tres están íntimamente ligados, puesto que según se dice en el primero de ellos, toda la cuestión debatida se centra en la aplicación del artículo 1.504 del tan expresado Código Civil, a cuyos efectos es de tener en cuenta que conforme a los hechos declarados probados en la Sentencia de primera instancia aceptados por la recurrida, el actor sólo cumplió puntualmente los dos primeros pagos, en 30 de septiembre de 1976 y 1977, en 1978 sólo pagó 255.000 pesetas, en 1979 60.000 pesetas, no realizó pago alguno en 1980, "siendo los últimos abonos que a cuenta del precio lleva a cabo el actor los realizados entre el 28 de agosto y 26 de octubre de 1981 por importe total de 60.000 pesetas, sin que a partir de dicha fecha se haga pago efectivo de ningún género a cuenta del precio"; así como que "constando acreditado en autos que el día 26 de junio de 1985 es requerida la demandada por conducto notarial a aceptar como resto del precio del inmueble de autos un talón bancario por importe de 3.082.250 pesetas que fue rechazado por no ajustarse al contrato de compraventa; posteriormente, el 5 de julio de 1985, se levanta acta notarial por la demandada con la finalidad de requerir al actor y esposa a aceptar den por extinguido el contrato de compraventa por no haber cumplido sus obligaciones y ejercitando el derecho que le concede el artículo 1.504 del Código Civil (que fue tachado de extemporáneo por el actor) requerimiento que en la persona del actor se llevó a cabo el 10 de julio de 1985, y ese mismo día es presentada la demanda que encabeza estos autos"; se agrega por la Sentencia recurrida, como ya quedó recogido "que lo que se ofrecía era un talón bancario, sin expresarle la conformidad de la entidad librada"; entonces, al acusar el motivo de la infracción del artículo 3 del Código Civil al entender que el cheque es un medio legal de pago, no sólo legal sino usual, se equivoca al pretender que el ofrecido en pago por el actor, había que reconocerle tal virtud, pues aparte de no ser conformado, como contrariamente afirma el recurrente, no correspondía a la total de la cantidad adeudada; entonces, al declararlo así la Sentencia, todo lo argumentado cae por su base; en relación al segundo de los motivos, ya respecto al artículo 1.504, yerra el recurrente, puesto que declarado por la Sentencia que el ofrecimiento carecía de valor para enervar la eficacia del requerimiento hecho por la demandada dando por resuelto el contrato de compraventa, claro que ha de aparejar su resolución, sin que pueda prevalecer el que tan gratuitamente afirme que "no cabe estar a lo que se dice en la Sentencia recurrida —lo que, será fundamento de otro motivo— que la suma de 3.082.250 pesetas no alcanzaba a todo lo debido" y lo

intenta justificar en estas dos razones, como lo son, la de que en el requerimiento hecho por la actora para nada se hablase de insuficiencia de la cuantía, toda vez que no tenía por qué hacerlo, siendo bastante el rechazar el ofrecimiento como lo hizo y según se dice en la Sentencia con razón para ello; y segundo, porque la Audencia ignoró el punto segundo del suplico, a lo que ya se hizo anterior referencia que lo desvirtúa; y, consecuentemente, el recurrente está haciendo supuesto de la cuestión al partir de la base de que el ofrecimiento de pago estuvo bien hecho; para por último y en relación al cuarto motivo, en íntima relación con el primero, basta insistir en que ni el cheque estaba conformado ni respondía a las exigencias del pago por no cubrir la totalidad del resto del precio adeudado, aparte de que es doctrina la de que la entrega, en el caso de autos no hubo sino ofrecimiento rechazado, de documentos mercantiles no atribuyen las consecuencias de pago mientras no hayan sido realizados; por todo ello los tres motivos deben ser rechazados.

El motivo quinto, último del recurso, denuncia la infracción, por indebida aplicación, del artículo 1.124 del Código Civil al estimar la Sala que por parte del recurrente existió una conducta recalcitrante de impago, estimando por esto la resolución con todas sus consecuencias perjudiciales para el comprador, y si bien es cierto que la resolución de los contratos de compraventa de bienes inmuebles por falta de pago del precio convenido en el plazo pactado se rige por la norma general del artículo 1.124 y por la especial del 1.504 ambos del Código Civil y de ahí que quepa hablar de una voluntad rebelde por lado del comprador y una previa declaración de voluntad del vendedor expresada en forma auténtica, receptiva para el comprador, de tener por resuelto el contrato, es bien manifiesto que el recurrente, el que como comprador, tan sólo cumplió puntualmente los dos primeros pagos del precio aprobado, en septiembre de 1976 y 1977, y tras el abono de cantidades a cuenta, a partir del mes de agosto de 1981 dejó de abonar cantidad alguna, hasta que el 26 de junio de 1985 se hace el ofrecimiento tal y como ha sido recogido anteriormente, está reflejando una conducta acreedora de ser calificada de rebelde, tal como se viene interpretando por la doctrina, merecedora de las sanciones a la que se le condena, tras aquella auténtica expresión de voluntad resolutoria efectuada por la demandada, por lo que en forma alguna se ha aplicado indebidamente el invocado precepto haciendo sea desestimado este último motivo del recurso.

R. DE A.

3. DERECHO PROCESAL

Por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: SUMISION EXPRESA EN LETRA DE CAMBIO (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1988).

Hechos.—Se desprenden de los fundamentos jurídicos de la sentencia que a continuación se reproducen.