

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

POR RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

3. JURISPRUDENCIA FISCAL

POR CARLOS MARÍN ALBORNOZ

TERCERIA DE DOMINIO. DESISTIMIENTO DEL EJECUTANTE Y LITIS CONSORCIO PASIVO ENTRE EJECUTANTE Y EJECUTADO. RENUNCIA DE DERECHOS. FRAUDE DE LEY: REQUISITOS (SENTENCIA DE 20 DE MAYO 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.—Los hechos de que parte la sentencia recurrida para la desestimación de la demanda de tercería de dominio interpuesta por la entidad «Pensos X, S. A.», los mismos que sirvieron de base al Juzgado de Primera Instancia para estimar aquella demanda, son esencialmente los siguientes: *a)* Don Francisco S. P. interpuso demanda de juicio ejecutivo contra don Serafín R. F., en cuyo procedimiento se embargaron 3.077 cerdos que estaban depositados en las fincas «La Pingona» y «El Alamito», semovientes que se trabaron como de propiedad del citado ejecutado. *b)* Por la entidad ahora recurrente se interpuso demanda de tercería de dominio con fecha 6 de abril de 1979 para obtener el levantamiento de la traba, proceso en el que después de tramitada su fase alegatoria y cuando fue recibido a prueba se unió testimonio de escrito del ejecutante demandado señor S. P., desistiendo del juicio ejecutivo iniciado, sin renunciar a la demanda, cuya acción se reserva para ejercitarla en otro juicio, y solicitando se alce el embargo; lo que obtiene por providencia de 27 de julio del mismo año. *c)* El proceso de tercería continuó y en él quedó acreditada la propiedad a favor del ahora recurrente sobre los semovientes embargados, a virtud de diferentes

pruebas, en las que destacan las documentales consistentes en haberse expedido guías veterinarias y una cartilla ganadera a favor de la recurrente, sin contrapruebas que las desvirtúen. d) El Juez de Primera Instancia estimó la demanda de tercería de dominio, declarando la propiedad de los bienes embargados a favor del demandante y dejando sin efecto el embargo recaído sobre ellos. En cambio, la sentencia recurrida la desestimó, por entender que, al haber mediado desistimiento del demandado ejecutante, «si el asunto principal del que nace la acción de tercería ya no existe, por haber desistido de él el ejecutante y archivado después de proceder al levantamiento de la traba, no puede continuar el incidente, por carecer de objeto el proceso y no tener ya contenido su pretensión procesal».

Frente a esa resultancia fáctica, el recurso de casación del demandante en tercería de dominio se basa en un solo motivo, formulado al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no aplicación del artículo 6.º, 2.º y 4.º, del Código Civil, en relación con el 24, número 1, de la Constitución, y 5, números 1 y 4, así como el 11, 2.º y 3.º, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya que por virtud de la sentencia impugnada «los bienes han pasado a disposición del demandado, señor R. F., con el evidente y muy grave perjuicio ocasionado a la recurrente a consecuencia del desistimiento realizado por el demandado ejecutante, privando a la recurrente de la tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos». El motivo debe ser estimado en virtud de los siguientes razonamientos.

No se ha tenido en cuenta en la instancia de apelación el litis consorcio pasivo necesario que deriva del artículo 1.539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al decir que las tercerías «se sustanciarán con el ejecutante y ejecutado», de modo que la tercería de dominio ha de dirigirse simultáneamente frente a ambos, sin que el desistimiento de uno impida que la sentencia que caiga afecta el otro, precisamente por efecto de aquel litis consorcio que se ha de estimar incluso de oficio, máxime cuando en este caso lo declara expresamente la Ley, y así lo ha reconocido esta Sala de casación, por ejemplo, en su sentencia de 8 de mayo de 1986. Por ello, como también ha declarado esta Sala (Sentencias de 14 de diciembre de 1984 y 21 de noviembre de 1987), la tercería de dominio tiene por objeto liberar del embargo de bienes que se encuentran indebidamente trabados al ser presentada la demanda, excluyéndolos de la vía de apremio, para lo que se ha de tener presente la situación de su dominio existente en la fecha en que la traba fue practicada, sin poderse tomar en consideración para ese juicio situaciones surgidas con posterioridad, como sería sin duda la derivada de un desistimiento que deja ineficaz el *jus ad rem* en que consiste el embargo del que lo ha obtenido a favor y lesiona gravemente las expectativas jurídicas del tercerista. Otro criterio, además de contravenir esta doctrina, descuida el carácter reivindicativo del proceso de tercería de dominio, que, sin olvidar sus diferencias con la acción reivindicatoria propiamente dicha (Sentencias, entre otras, de 29 de octubre de 1984 y 8 de mayo de 1986), se basa indudablemente en el dominio de los bienes embargados al deudor (art. 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), finalidad que se frustraría y quedaría a merced del ejecutante con sólo desistir éste de su ejecución, con lo que un acto meramente procesal produciría unos desmedidos efectos sustantivos. Corrobora esta conclusión, desde otro punto de vista, que el desistimiento operado, sólo referido al procedimiento sin renunciar a la acción, según el texto literal de lo solicitado, al implicar una renuncia de derechos ha de sujetarse a lo dispuesto en el artículo 6, párrafo 2, del Código Civil, cuyos límites rebasa en cuanto no cabe duda que la pretendida renuncia en forma de desisti-

miento va en perjuicio de tercero, cual es el tercerista, y en tal concepto está prohibida por el citado precepto legal, que se invoca como infringido en el único motivo del recurso, y que declara no válidas tales renunciaciones que perjudiquen a terceros. Por último, y a su vez desde un tercer punto de vista, aun prescindiendo de toda confabulación entre ejecutante y ejecutado para el desistimiento del primero del juicio ejecutivo iniciado, es evidente que la consecuencia de tal acto procesal implica un fraude a la normativa de los artículos 1.532 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, amparándose en la Ley de cobertura que en este caso representa el artículo 1.255 del Código Civil, a cuyo amparo y como acto unilateral se operó el desistimiento del ejecutante, acto que contraría la finalidad práctica de la Ley defraudada, suponiendo su violación efectiva, a lo que no alcanza la Ley de cobertura citada, por no constituir el supuesto normal; a ello no obsta que no se haya acreditado intención alguna de fraude, en cuanto la doctrina científica predominante entiende que no es necesaria la intención o propósito defraudatorio, porque lo que se sanciona en el fraude a la Ley no es la mala fe o la intención maliciosa del agente, sino el acto de incumplimiento de las Leyes, de donde resulta la no necesidad de su prueba, y así esta Sala ha declarado en el mismo sentido que no es necesario para que haya fraude de Ley que la persona que realice el acto presumido fraudulento tenga intención o conciencia de burlar la Ley (Sentencia de 13 de junio de 1959). En definitiva también ha infringido la sentencia recurrida el artículo 6, número 4.º, del Código Civil, asimismo invocado en el recurso.

La estimación del recurso da lugar, según establece el artículo 1.715, número 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a que en este caso la Sala resuelva según corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, según se ha hecho ya en instancia por esta Sala en el anterior fundamento de derecho; lo que, por tanto, equivale en este supuesto a confirmar en todos sus términos la sentencia en primera instancia, y en cuanto a costas, de conformidad con lo que ordena el artículo citado en su número 4.º, procede no hacer pronunciamiento especial respecto de las costas de ambas instancias, y sobre las de este recurso, en el que cada parte satisfará las suyas.

R. DE A.

PRELACION DE CREDITOS. PRELACION ENTRE ESCRITURA PUBLICA Y SENTENCIA JUDICIAL. ARTICULO 1.924, NUMERO 3.º DEL CODIGO CIVIL. ANTIGÜEDAD DE LOS CREDITOS Y DE LOS TITULOS. (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL 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.—Como cuestión previa al examen de la cuestión de fondo que plantea el presente recurso, y en su consecuencia de la decisión sobre los motivos en que el mismo se fundamenta por los recurrentes don Pablo B. L. y don Joaquín C. C., es de apreciar que en nada obstan las alegaciones formuladas *in voce* por la dirección técnica del recurrido don Juan D. L., pues en contra de ellos se alza la contemplación de sentencia definitiva dictada como consecuencia de juicio declarativo, según la tramitación prevenida en el artículo 1.534 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y lo normado en el artículo 488 a que el mismo se

remite, en concordancia con la regla 8.^a del artículo 489 de la misma Ley, cuya cuantía excede de tres millones de pesetas, dado que en la demanda inicial se reclama por los precitados don Pablo B. L. y don Joaquín C. C. el pago con preferencia al mencionado don Juan D. L., con relación a los bienes embargados a don Pablo G. T. a consecuencia del juicio ejecutivo seguido contra él, con posterior subasta y adjudicación de la cantidad de 2.502.918 pesetas, de principal, más 25.029 pesetas por intereses y 650.090 pesetas para gastos y costas, sin perjuicio de la oportuna tasación, que alcanza la total cantidad de 3.178.947 pesetas, que es en definitiva la a tener en cuenta a efectos de cuantía del debate jurídico planteado, en virtud de la indicada regla 8.^a del aludido artículo 489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto establece que, tratándose de reclamación de una cantidad de dinero determinada, siempre que el actor haga una estimación del valor de lo reclamado, aunque no venga determinado en el título, habrá de tener el correspondiente reflejo en la cuantía de la demanda.

A fines de decidir sobre el único motivo en que se apoya el recurso de casación de que se trata, es de tener en cuenta, cual reconoce la sentencia recurrida, que el procedimiento de tercería en cuestión viene determinado a precisar si con relación a los bienes que se expresan en la demanda inicial, propiedad del demandado don Pablo G. T., goza de preferencia el crédito alegado por los demandantes don Pablo B. L. y don Joaquín C. C., fundamentado en escritura pública de reconocimiento de deuda otorgada el 4 de mayo de 1984, entre dichos don Pablo G. T., en el concepto de deudor, y don Pablo B. L. y don Joaquín C. C., en el concepto de acreedores, con relación al crédito reconocido en favor de don Juan D. L. por sentencia dictada el 25 de mayo de 1984, por derivación de juicio ejecutivo, contra el precitado don Pablo G. T.

Atendidos los aspectos enunciados en el precedente fundamento —4 de mayo de 1984 la escritura pública de reconocimiento de deuda en favor de don Pablo B. L. y don Joaquín C. C., y 25 de mayo de 1984 la sentencia reconocedora del crédito en favor de don Juan D. L.— es de reconocer que el crédito de los relacionados demandantes, escriturado públicamente, goza de preferencia con respecto al del precitado demandado, reconocido por sentencia, de conformidad con lo prevenido en el número 3.º del artículo 1.924 del Código Civil, por preferencia entre sí por el orden de antigüedad de la tan mencionada escritura pública —4 de mayo de 1984— sobre la indicada sentencia —25 de mayo de 1984—, y en tal sentido es de estimar el único motivo en que se soporta el recurso que se examina, formulado por los recurrentes, al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del aludido número 3.º del artículo 1.924 del Código Civil y jurisprudencia aplicable.

A lo expuesto en nada obstan los razonamientos consignados por la Sala sentenciadora de instancia en el segundo de los Considerandos de la sentencia recurrida, porque, en primer lugar, el protesto notarial practicado el 3 de mayo de 1984 en relación con la aceptación de la letra de cambio que sirvió de base al juicio ejecutivo promovido por don Juan D. L. contra don Pablo G. T., que determinó la sentencia de 24 de mayo de 1984 a que se hace referencia en el precedente fundamento, no tiene la consideración jurídica de «escritura pública», concepto restrictivo del genérico de «documento público» dada por el artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como certeramente se indica en el voto particular formado en cuanto a la sentencia objeto de recurso, y que tratándose de escrituras notariales, según el artículo 144 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944, significa como contenido propio de las escrituras públicas «las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de con-

sentimiento y los contratos de toda clase», con la consiguiente distinción, según el propio precepto, de las actas notariales, cuya órbita propia, como también certeramente se expone en el indicado voto particular, «afecta exclusivamente a hechos jurídicos que por su índole peculiar no pueden calificarse de actos o contratos», «aparte otros casos en que la legislación notarial establece el acta como manifestación formal adecuada», lo que conduce, en contra de lo apreciado en la meritada resolución impugnada, a que no pueden tener la consideración de escritura pública, 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 19/1985, de 16 de julio, 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 poder conceder la preferencia a que alude el número 3.º del artículo 1.924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que, como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 17 de junio de 1958, no tienen el alcance de escritura pública las manifestaciones de naturaleza unilateral; en segundo lugar debido a que, asimismo, en contra de lo apreciado en la tan mencionada sentencia recurrida, la preferencia de los respectivos créditos de don Juan D. L., don Pablo B. L. y don Joaquín C. C. ha de buscarse no en la comparación de fechas de las sentencias de remate obtenidas por aquéllas en respectivos juicios ejecutivos seguidos con relación a sus respectivos créditos, contra el deudor común don Pablo G. T., sino simplemente, tal como ha sido planteado el debate jurídico motivador de la resolución impugnada, comparando las fechas de la mencionada escritura pública de 4 de mayo de 1984, en que se apoyan los demandantes, ahora recurrentes, y la Sentencia de 24 de mayo de 1984 —más concretamente la de la obtención de su firmeza—, en que se apoya el demandado don Juan D. L., ahora recurrido, y sin que al respecto sean de tener en cuenta las fechas iniciales de los respectivos créditos, ni si éstos son o no exigibles, liquidados o ilíquidos, ejecutivos o no ejecutivos, como ha tenido ocasión de declarar esta Sala en sentencias de 1 de marzo y 30 de octubre de 1978; en tercer lugar a causa de que, en discrepancia con lo apreciado en la tal referida sentencia objeto de recurso, la deuda escriturada a favor de los tan citados demandantes, ahora recurrentes, don Pablo B. L. y don Joaquín C. C. estaba vencida, desde el momento en que al resultar impagada la primera mensualidad, en que quedó fraccionado el pago de dicha deuda en el día de su vencimiento, según lo convenido en la cláusula segunda de la referida escritura pública de 4 de mayo de 1984, entró en juego la cláusula sexta de la misma, sancionadora de que a partir de entonces toda la deuda se considera vencida, pudiendo ser exigida la cantidad pendiente de cumplimiento por los procedimientos legales pertinentes en los términos convenidos en la tan citada escritura, y sin que a fines de la tercería de mejor derecho examinada obste en modo alguno la circunstancia de que por causa de tal impago hubiesen interpuesto los acreedores ahora demandantes y recurrentes, don Pablo B. L. y don Joaquín C. C. juicio ejecutivo contra el deudor, ahora demandado y recurrido, don Pablo G. T., pues, según tiene declarado esta Sala en Sentencias de 30 de mayo y 23 de noviembre de 1917 y 23 de enero de 1942, la escritura pública no pierde eficacia para el caso de la tan mencionada tercería de mejor derecho, aunque se haya instado previamente el crédito que en ella consta en un juicio ejecutivo, y máxime cuando, como en el presente caso ocurre, el título de preferencia alegado en el indicado procedimiento de tercería no es la sentencia recaída

en el expresado juicio ejecutivo, sino la tan citada escritura pública de 4 de mayo de 1984, frente a la Sentencia de 25 de mayo de 1984, recaída en el juicio ejecutivo también promovido contra el referido deudor por el acreedor don Juan D. L.; y, finalmente, en razón a que, también en discrepancia con criterio sostenido en la invocada sentencia recurrida, en materia de preferencia de crédito motivador de tercería de mejor derecho no hay que tener en cuenta presunciones de virtualidad de deudas de las que presuponen anterioridad en los créditos respectivos, pues que, como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 16 de octubre de 1966, los créditos comunes, a efectos de preferencia regulados en el número 3.º del artículo 1.924 del Código Civil, hay que tenerlos en cuenta simplemente por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias, ya que, como asimismo se reconoce en la Sentencia de esta Sala de 1 de marzo de 1978, a efectos de aplicación de preferencia del derecho por prioridad en el tiempo, que es la base del tan referido número 3.º del artículo 1.924 del Código Civil, no es el crédito en sí el que concede el privilegio, sino la circunstancia de aparecer éste reflejado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, en uno de los documentos a que aquel precepto alude y, concretamente, si es quirografiario, su preferencia, es decir, su mejor o peor rango frente a otros créditos de la misma naturaleza, que vendrá fijado con referencia a la fecha de los documentos en que, respectivamente, tengan aquéllos reflejo, sin que deban intervenir en la calificación jurídica del crédito, cuya preferencia se discute, otros rasgos del mismo.

En consecuencia, procede declarar haber lugar al recurso, con la consiguiente estimación de la demanda rectora del juicio de que se trata, manteniendo en su virtud la sentencia dictada en fase procesal de primera instancia por el señor Juez de tal clase de Zaragoza número 2, con base en los fundamentos que la misma establece, puestos en relación con los expuestos en los considerandos de esta sentencia.

R. DE A.

INTERDICTO DE OBRA NUEVA. COMPATIBILIDAD DE LA ACCION DEL ARTICULO 1.671 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y DE LA RECLAMACION DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR LA PARALIZACION DE LA OBRA (SENTENCIA DE 27 DE MAYO 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 primera cuestión que el recurso plantea es la posibilidad de acumular la acción que concede el artículo 1.671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la de responsabilidad amparada en el artículo 1.902 del Código Civil para exigir la pertinente indemnización de daños causados como consecuencia inmediata del ejercicio de la acción interdictal de obra nueva carente de fundamento. La sentencia de primera instancia estimó arbitraria la acumulación por entender que la acción autorizada por el artículo 1.671 de la Ley Procesal ha de tramitarse por el procedimiento incidental, mientras que la responsabilidad extracontractual exige, por su valor, deducirse en juicio declarativo de mayor cuantía. Pero al argumentar así se olvida que tanto la acción amparada en el

repetido artículo 1.671 como la de reclamación de daños y perjuicios causados por la suspensión de las obras, son acciones que *han de tramitarse en procedimientos declarativos ordinarios, de conformidad con el artículo 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, perteneciendo a esta clase de juicios —según precisa el artículo 482 de la misma— el de mayor cuantía, el de menor cuantía, el de cognición y el verbal. Por tanto, no es óbice a la acumulación de las expresadas acciones el hecho de que por razón de la cuantía, la que otorga el artículo 1.671, hubiera de tramitarse en juicio de menor cuantía o verbal, y la de reclamación de daños y perjuicios por los de mayor cuantía, pues como previene el artículo 155.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las acciones que por razón de la cuantía de la cosa litigiosa deban ejercitarse en juicio verbal podrán acumularse a las de mayor o menor cuantía.* Tampoco procede mantener el criterio seguido en la sentencia de la Audiencia, pues si bien es cierto que en el procedimiento interdictal de obra nueva únicamente pueden discutirse la posesión actual del terreno por el demandante y la construcción de la obra en el mismo inmueble por el demandado, no lo es menos que *la acción esgrimida al amparo del artículo 1.671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es interdictal sino declarativa de derechos, ejercitable por el cauce del declarativo ordinario que corresponda por su cuantía.* La doctrina de esta Sala enseña que *la acumulación de acciones ha de tener una aplicación flexible*, entendiendo que es admisible tal acumulación a pesar de que el supuesto no se halle literalmente comprendido en la dicción de la norma, si tampoco le alcanzan las prohibiciones de los artículos 154 y 157 de la propia Ley adjetiva o procesal (Sentencias de 5 de marzo de 1956 y 12 de junio de 1985, entre otras). Razón por la cual en el caso de autos procedía admitir la acumulación solicitada, por cuanto las pretensiones no son incompatibles entre sí, el juzgador de instancia tenía competencia objetiva y a ambas pretensiones correspondía una misma clase de proceso, cual es el declarativo ordinario, lo que conduce a la estimación de los motivos correspondientes (primero y tercero) del presente recurso.

Con respecto a la indemnización de los daños y perjuicios causados como consecuencia de la paralización de las obras que el recurrente reclama, no procede aceptar en el caso presente, tal como aquel pretende, la existencia de *abuso del derecho* en la actuación de la otra parte, *dado el carácter excepcional de esta institución y la exigencia de que en los supuestos en que se estime la existencia de abuso ha de ser patente la intención de perjudicar o la falta de finalidad seria y legítima en la conducta del sujeto, al lado de la situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho actuado* (así, entre otras Sentencias recientes, las de 31 de diciembre de 1985, 5 de abril y 9 de octubre de 1986 y 8 de julio y 17 de septiembre de 1987). *Pero ello no excluye sin embargo que, producidos y debidamente acreditados unos daños y perjuicios como consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva que resulte ser claramente infundada y así se declare en la sentencia, la parte que ocasionó aquéllos deberá responder de los mismos procediendo a su reparación, por cuanto que la indemnización de daños y perjuicios en el ámbito civil ofrece un carácter reparador y no propiamente punitivo o sancionador.* Sin embargo, no dándose en el supuesto que nos ocupa una conducta claramente infundada y temeraria en la parte que instó y provocó la paralización de las obras, procede la desestimación de los motivos relativos a la pretendida indemnización de los daños y perjuicios consecuencia de la repetida paralización (motivos segundo, cuarto y quinto).

R. DE A.

**RESCISION POR LESION ULTRADIMIDIUM DE LA COMPILACION CATALANA.
CRITERIOS PARA VALORAR LA EXISTENCIA DE LA LESION (SENTENCIA DE
13 DE MAYO 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 antecedentes de la cuestión litigiosa, resuelta por sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona en 10 de julio de 1986, objeto hoy de recurso de casación, se centran en sus dos primeros fundamentos, a saber: por contrato privado de préstamo, que las partes otorgaron el 2 de marzo de 1977, el demandado don José M. entregó al actor don José C., Gerente de la Sociedad Anónima de idéntica denominación, 8.000.000 de pesetas, haciéndose constar que con anterioridad y aparte de tal suma, se había entregado 1.000.000 de pesetas, pactándose como intereses anuales de la operación otro millón de pesetas y que si en el plazo de un año no se amortizaba la totalidad del crédito, el demandado podría hacer efectivo el derecho de opción que se le concedía, en escritura pública de igual fecha, sobre ocho inmuebles, entendiéndose para tal supuesto que el precio ya había sido satisfecho; accedió la escritura al Registro, si bien se denegó la inscripción respecto de uno de los inmuebles por hallarse previamente inscrito a nombre de persona distinta del cedente; impagado el débito, se otorgó escritura pública de compraventa el 1 de febrero de 1978, cuya rescisión se pretende por la actora y hoy recurrente, que aportó al pleito dos copias simples diferentes, una comprendiendo ocho fincas y la otra siete, por haberse excluido la ya inscrita a favor de otra persona, pero constando en ambas que se procedía a la venta de las fincas en virtud de un laudo arbitral pronunciado por un Letrado de Gerona, sin que se expresase ningún otro dato. Ejercitada por «José C., S. A.», acción rescisoria por lesión *ultradimidium*, regulada en los artículos 321 a 325 de la Compilación de Cataluña de 20 de marzo de 1984, la Audiencia Territorial, al conocer en apelación, revocó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Santa Coloma de Farnés y desestimó la demanda, al considerar que no se había producido lesión en más de la mitad del precio justo, cual exige el artículo primeramente citado, llegando a tal conclusión por las pruebas practicadas en el pleito y después de realizar tres diferentes liquidaciones, en la última de las cuales, la más beneficiosa para la entidad demandante, toma el precio en venta de las siete fincas que interesa la misma, según valoración pericial de Arquitectos al mes de febrero de 1978, por un total de 22.757.000 pesetas y razona que la cantidad prestada fue de 9.000.000 de pesetas, a la que ha de agregarse el importe de las hipotecas pendientes, ascendente a 2.763.982,30 pesetas, de forma tal que cualquiera que fuese el montante de los intereses, aunque no alcanzaran el millón pactado, nunca se produciría la lesión con los mínimos exigidos por la Ley.

El recurso, cual expresa en sus antecedentes, se ciñe a este supuesto más favorable, se concreta en tres motivos y obliga a examinar con antelación el último, único que se fundamenta en el número 4.º del artículo 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba, señalando para denotarlo la certificación registral, escrito de opción de compra y formalización de la misma, de los cuales entiende que se desprende que si las fincas vendidas respondían cada uno de 460.513,72 pesetas de principal e intereses, deben deducirse los intereses, lo que daría un capital de 2.300.000 de pesetas,

que sumado a los 9.000.000 de pesetas fijados como importe del préstamo, arrojaría un total de 11.300.000, cuyo duplo sería menor de los 22.757.000 pesetas, procediendo, en consecuencia, casar la sentencia. Una primera observación indica que no se suman los intereses del capital de los 9.000.000 prestados y ello sería suficiente para la desestimación; en segundo lugar, la certificación registral sólo expresa, sin distingo alguno, que cada finca responde de esas 460.513,72 pesetas, como «importe actual no amortizado de la hipoteca objeto de la inscripción segunda, cuya carga asume el comprador...», lo que coincide con lo dicho en la escritura de opción de compra de 3 de marzo de 1977, expresiva de que «se deducirá de la cantidad o precio a satisfacer el importe de la parte de hipoteca que se halle pendiente en aquel momento, asumiendo el adquirente la carga hipotecaria» y con lo consignado en la de formalización de la compraventa, en la que también se afirma que cada una de las fincas descritas como 2.^a, 3.^a, 4.^a, 5.^a, 6.^a y 7.^a se hallan hipotecadas, siendo el importe que afecta a cada una de 460.513,72 pesetas, cantidad que se deducirá, como parte no amortizada, del precio, asumiendo el adquirente la carga hipotecaria, de todo lo cual ha de concluirse que la cantidad de que responde la hipoteca o ha de deducirse del precio o se entiende a cargo del comprador, llevando al mismo resultado la reducción del uso que el incremento del otro. En resumen: de los documentos citados no se desprende de modo claro, limpio, sin necesidad de deducciones, exégesis o inferencias lo que se pretende, cual exige constante y reiterada jurisprudencia, por ello de ociosa cita; más aún, lo que se consigue es reforzar lo afirmado por la Sala de instancia.

Al permanecer incólumes los hechos, decaen igualmente los dos motivos amparados en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues que el primero estima infringidos el artículo 321 de la Compilación de Cataluña, en relación con los artículos 1.295 y 1.528 del Código Civil y 12 de la Ley Hipotecaria, así como lo establecido en la Sentencia de este Tribunal de 22 de diciembre de 1969. Ya se ha expuesto que la sentencia recurrida ha tomado cual justo precio el establecido por los peritos como valor en venta de las fincas al tiempo de otorgarse el contrato, con lo que se ajusta a lo dispuesto en los artículos 321 y 323 de la Compilación y a la sentencia que se cita, sin que pueda comprenderse, desde un punto de vista racional, cómo se pueden entender infringidos el resto de los preceptos citados, ni qué tienen que ver con el caso debatido, pues claro es que de accederse a la rescisión habría lugar a la devolución de las cosas con sus frutos y del precio con sus intereses, nadie niega y menos la sentencia recurrida, que la cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios cual la hipoteca, y si el artículo 12 de la Ley de tal nombre establece que las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación asegurada y el de los intereses si se hubieren estipulado, no es menos cierto que la certificación obrante en autos sólo expresa lo que en el fundamento anterior se ha consignado, lo que hace parecer, repetimos, no sólo este motivo, sino también el siguiente, que reitera la infracción de los artículos 321 de la Compilación y 12 de la Ley Hipotecaria, para afirmar que las fincas «en el momento de constituirse la hipoteca respondían de 3.000.000 de principal, o sea, 500.000 pesetas cada una de ellas, cantidad que debe ser reducida en un tercio al haber transcurrido casi cuatro años desde su constitución, por lo que en el momento de formalizarse la escritura de compraventa respondían de 2.300.000 pesetas, aproximadamente», aserto insólito que no aparece respaldado por prueba ni precepto legal alguno. Y como recursos como el presente dañan no sólo a la casación, sino también a la Administración de Justicia, tiene que reiterarse lo

que se viene repitiendo hasta la saciedad: la nueva normativa dada por la Ley de Reforma Urgente de la de Enjuiciamiento Civil, 34/1984, de 6 de agosto, no ha introducido una impugnación abierta y libre que haya de prevalecer sin cortapisa alguna sobre lo acordado por el Tribunal de Apelación, con auténtica potestad en la apreciación de la prueba y pervivencia de su valoración de la misma, salvo que se acredite haber incidido en ilegalidad o notoria falta de lógica, dado que el recurso extraordinario de casación no es una tercera instancia que permita nuevas exégesis parciales, inspiradas en intereses subjetivos y partidistas, frente al criterio objetivo y desinteresado de los órganos jurisdiccionales.

R. DE A.

CULPA IN CONTRAHENDO. RUPTURA INJUSTIFICADA DE TRATOS SOBRE EL TRASLADO DE UN EMPLEADO DE BANCA. APLICABILIDAD DEL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1988).

Hechos.—Se desprende 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.— Por el tercero de los motivos del recurso, de examen previo a sus anteriores, dada la naturaleza del vicio denunciado, se acusa la «infracción clara y manifiesta del ordenamiento jurídico por aplicación indebida del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» como la recurrida sentencia al desestimar la demanda origen del pleito, absuelve a los demandados apelantes de las pretensiones contra ellos deducidas y sabido es que las sentencias absolutorias por resolver todas las cuestiones planteadas son siempre congruentes, el motivo ha de ser desestimado.

El motivo primero del recurso denuncia la infracción que se dice, clara y manifiesta por su no aplicación, del artículo 1.902 del Código Civil y Ley 488 apartado 2.º del Fuero Nuevo de Navarra; decreta el primero de dichos preceptos que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado», y en similares términos dice el segundo «quien por su negligencia cause daño a un patrimonio ajeno deberá indemnizarlo según las circunstancias de cada caso»; se razona en la recurrida sentencia que los demandantes ejercitan su acción para obtener indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento contractual fundándole en los artículos 1.101 y concordantes del Código Civil y en los párrafos 2.º y 3.º de la Compilación de Derecho Privado Foral de Navarra o Fuero Nuevo y al llegar a la conclusión de no ser posible, sobre la base fáctica de la Sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo número 2 de Navarra, con el número 181 del año 1984, «admitir que hubo incumplimiento de un compromiso o concierto inexistente, por lo que no cabe acoger la acción ejercitada por los demandantes» en base a los expresados preceptos, «pues si no existe contrato ni promesa de contrato no puede mantenerse que hubo un incumplimiento contractual, generador de una obligación de resarcimiento, conforme a los mencionados preceptos legales».

Si de la recurrida sentencia no existiera nada más que lo expresado como fundamento de su fallo, nada habría que objetar al mismo, pero es que los fundamentos fácticos que se recogen en dicha sentencia como sentados por los actores referidos a que entre el accionante, empleado del Banco «X». Y dicha entidad financiera se llegó a concertar un contrato compromiso que afectaba

también a la esposa de aquél, al igual actora, sobre el traslado del señor C. R. a la oficina del mencionado Banco de Miami (USA), lo que indujo a los demandantes a adoptar determinadas disposiciones ante la inminencia de su traslado, venta de automóviles, excedencia voluntaria de la esposa en su puesto de trabajo de Auxiliar de Clínica de la Seguridad Social, según consejo de los restantes interpellados, de modo que al incumplir la sociedad bancaria el aludido compromiso los accionantes han sufrido los perjuicios materiales y morales derivados de aquellas disposiciones, tienen ciertos fundamentos, como lo son el que en la sentencia de la Magistratura de Trabajo a la que se hizo referencia, cuyos hechos son respetados por la recurrida se diga que si bien no aparece acreditado que ningún órgano del Banco «X», competente al respecto, le haya formulado al demandante orden o promesa en firme, de forma incondicional y efectiva sobre su traslado a la oficina de Miami (USA), es cierto existieran reiteradas gestiones por parte del actor para obtener ese traslado, que tuvieron favorable acogida en principio —que han de entender por parte del Banco o empleados del mismo— pero sin que nunca llegaran a concretarse en su nombramiento o designación; como el que en la sentencia se haga la declaración, al justificar la no imposición de costas, de que aunque no se acepte la existencia de un compromiso vinculante para la entidad Banco «X», la prueba indica que «el problema del traslado del demandante don Felipe D. R. se trató seriamente, llegándose a un punto en el que dicho señor, con toda lógica y ateniéndose a las noticias que le dieron altos empleados de la indicada sociedad, demandados también en este litigio, debió pensar que su traslado a la oficina de Miami (USA), estaba ya acordado y era además inminente lo que impulsó a los accionantes a adoptar disposiciones que resultaron, ante el fracaso de sus expectativas, claramente perjudiciales para sus intereses»; todo ello sobradamente justificativo de la existencia por parte de los demandados de una culpa in *contrahendo* que al faltar aquella relación contractual se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negársele al constituir una violación del principio *neminem laedere*, que determina la responsabilidad de los demandados, y al no entenderlo así el juzgador de instancia es claro infringió el artículo 1.902, aplicable de conformidad con los que son hechos probados de la recurrida sentencia, determinando la estimación de este primer motivo del recurso, sin que sea necesario el examen de los demás.

Casada y anulada la recurrida sentencia, aceptando los considerandos de la primera instancia y en relación con el tercero, cuarto y quinto, en cuanto se recogen los hechos que justifican la existencia de culpa por parte de los demandados, si bien lo sea in *contrahendo*, y consecuentemente la obligación de resarcir los daños causados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.902 del Código Civil, sin que ello suponga alteración de la acción ejercitada ni la razón de pedir, y fijados los daños que se estiman causados a los actores procede la confirmación de dicha sentencia en todos sus pronunciamientos.

R. DE A.

HIPOTECA: EJECUCION HIPOTECARIA Y EJECUCION PERSONAL, A EFECTOS DE LA SEGUNDA COPIA DE LA ESCRITURA (SENTENCIA DE 19 DE MAYO 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 primer motivo del recurso interpuesto por don Ramón F. viene articulado por el cauce procesal del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciándose un error en la apreciación de la prueba, deducido del contenido de los documentos que la Sala de instancia mandó unir a los autos, en ejecución de una diligencia para mejor proveer; documentos en los que, precisamente al contrario de lo pretendido, consta de una forma clara, que en el expediente para la obtención de la segunda copia de la escritura de hipoteca de fecha 5 de noviembre de 1977, título básico aportado al procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, cuya nulidad se postula en el recurso que nos ocupa, existió el vicio invalidante del mismo, de no haberse practicado la obligada audiencia del Ministerio Fiscal. Y basta la simple lectura del informe del Fiscal-Jefe de la Audiencia de La Coruña de fecha 18 de junio de 1984 para dejar constatado, sin asomo de duda, que «examinado el tal expediente puede ser nulo, al no haberse oído al Ministerio Fiscal, e incluso a los interesados», afirmación que la deduce el representante de la Ley del contenido del expediente número 350/1980 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de El Ferrol, unido a la causa penal número 4/1984, a los folios 48 al 51: Con esta tajante afirmación, y con el contenido de la providencia del mencionado Juzgado de Primera Instancia de fecha 22 de diciembre de 1980, que también se acompaña, no es posible llegar a conclusiones distintas a las que llega el Tribunal *a quo*, pues el Juzgado se limitió, en el caso que examinamos, a registrar el expediente formado con los documentos inicialmente aportados, mandarle los trámites de jurisdicción voluntaria conforme a lo solicitado y directamente, sin otras prevenciones, librar el mandamiento al señor Notario de Mugardos, a fin de que expidiera la segunda copia de la escritura de hipoteca; así pues, a la vista de las justificaciones expuestas resulta obligado el rechazo de este primer motivo.

En el segundo se alega la infracción, por indebida aplicación, de lo dispuesto en la regla 3.ª, apartado 2.º, del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, usando el cauce procesal del número 5.º del artículo 1.692 y sirviendo de argumentación a tal denuncia la afirmación de que: «El legislador al hablar en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria... emplea un concepto impropio del proceso de ejecución hipotecaria en ejercicio de la acción real del derecho de hipoteca, ya que en este procedimiento se persigue exclusivamente el bien hipotecado, para que por medio de su enajenación pueda el acreedor obtener la satisfacción de una cantidad de dinero». Afirmándose también que en este tipo de procedimiento «no se dicta una sentencia de condena al cumplimiento de una obligación... En cambio cuando se ejercita la acción personal necesariamente debe de dictarse una resolución condenatoria»; desde esta supuesta diferencia entre la ejecución hipotecaria y la ejecución personal, el recurrente llega a la conclusión de que «lo dispuesto en el ordinal 1.º del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, respecto a la segunda copia de la escritura pública..., no es aplicable a la cuestión objeto de este debate, por cuanto... se ha ejercitado una acción real que deriva del derecho de hipoteca, y por tanto no cabe hablarse de incumplimiento de requisitos para despachar la ejecución». Realmente el recurrente está planteando en este motivo un problema de *lege ferenda*: el impropio ejemplo por el legislador de una remisión a la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto a los requisitos que deben concurrir en el título de crédito para que se pueda despachar ejecución; y puesto que legal y formalmente la cuestión denunciada aparece correctamente resuelta: conforme a la redacción del párrafo 2.º de la regla 3.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, de acuerdo con el párrafo 1.º del artículo 1.429 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ciamiento Civil, y cumpliendo el contenido del artículo 235 del Reglamento Notarial, complementado por la Ley de 11 de julio de 1941, no puede en ningún caso hablarse de «infracción de las normas del ordenamiento jurídico, o de la jurisprudencia, que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate», supuesto que se alega como fundamento del motivo que estudiamos y cauce procesal indispensable para la viabilidad del recurso de casación. Pero por si puede servir de orientación el conocer la *mens legislatoris* en esta materia, bueno será transcribir parte del preámbulo de la citada Ley de 11 de julio de 1941, cuando dice que: «aunque la legitimación de los créditos hipotecarios descanse principalmente en nuestro sistema, sobre las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad..., no puede, sin embargo, desconocerse que el título notarial viene en nuestro Derecho tradicionalmente unido, sobre todo en el orden procesal, a su virtud ejecutiva». Los razonamientos que acabamos de exponer han de producir necesariamente también el decaimiento de este motivo.

El segundo recurso interpuesto por la representación de don Jorge C., consta también de dos motivos, en los que simplemente se denuncia: un error en la apreciación de la prueba, referido a un extremo que no ha sido objeto de estudio en la resolución recurrida, y una infracción del artículo 1.214 del Código Civil. No existe desarrollo ni fundamentación alguna en tales motivos, habiéndose limitado la parte recurrente a enunciarlos de una forma sucinta, con lo que claramente infringe la obligación establecida en el último inciso del artículo 1.707, y en el párrafo 2.º del artículo 1.710, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procediendo, en este trámite, su desestimación, pues al tratarse de un recurso fundado, es obligatorio en su interposición razonar la pertinencia de los motivos, ya que de otro modo se produciría la indefensión de la parte contraria y el desconocimiento de la Sala en orden a la fundamentación empleada.

R. DE A.

RESPONSABILIDAD CIVIL. DAÑOS CAUSADOS POR INSTALACION ELECTRICA. LA ADOPCION DE MEDIDAS REGLAMENTARIAS NO ES SUFICIENTE. COMPENSACION DE CULPAS (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL 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 presente recurso de casación tiene su causa en la reclamación de daños y perjuicios mediante el ejercicio de acciones que depara el artículo 1.902 del Código Civil, con base en el aspecto fáctico emanante del accidente acaecido el 27 de junio de 1981, al recibir don Manuel V. G. una descarga eléctrica en ocasión de hallarse en una parcela del sitio Vega de Encinas de Arriba (Salamanca) manejando unos tubos de aluminio de los utilizados para el riego, debajo de donde se encontraba instalada una línea de alta tensión perteneciente a la empresa «Iberduero, S.A.», ahora recurrente, y por consecuencia de cuya descarga resultó el mencionado don Manuel V. G., ahora recurrido, con lesiones que le produjeron determinadas secuelas.

En cuanto al primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación

de que se trata, que la precitada entidad recurrente fundamenta, al amparo del número 4.º del artículo 1.902 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendido error en la apreciación de la prueba, su inconsistencia y consiguiente desestimación surge de tener en cuenta que, en contra del mandato expreso contenido en el párrafo segundo del artículo 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se señala documento o informe alguno de los que en forma inequívoca se pueda inferir el error denunciado, y lo que se hace para fundamentar el referido motivo es hacer la mencionada entidad recurrente una subjetiva exégesis pormenorizada del material probatorio aportado a los autos de que se trata, consistente en pruebas de confesión, testifical y pericial, lo que no es procedente en casación, tanto porque, según constantemente tiene declarado esta Sala, no se trata de documentos de los que pueda deducirse el error en la apreciación de la prueba a que se contrae el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencias, entre otras, y como más recientes, de 14 de febrero y 12 de mayo de 1983, 17 de febrero y 21 de diciembre de 1984, y 6 de octubre y 17 de febrero de 1986), cuanto debido a que con ello lo que se pretende es llevar a cabo una nueva valoración de la prueba en casación, lo que no es procedente, dado que este extraordinario recurso, según también tiene establecido esta Sala, no es una tercera instancia, sino un mero remedio procesal encaminado a determinar si dados unos determinados hechos es o no correcta la apreciación jurídica efectuada por el órgano jurisdiccional de instancia.

A igual solución desestimatoria es de llegar en lo que se refiere al motivo segundo, que, con amparo en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se fundamenta en alegada infracción por aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil, porque la doctrina jurisprudencial, apurando conceptos de buena hermenéutica, en materia de culpa extracontractual, como se dice en las sentencias de esta Sala de 11 de abril y 8 de mayo de 1984, debe presumirse la existencia de negligencia en el causante del daño, salvo cuando, aparte de fuerza mayor o caso fortuito, el autor de la acción u omisión acredite haber actuado con el cuidado que requieran las circunstancias de tiempo y lugar, lo que en el presente caso origina que, dada la inversión de la carga de la prueba que en estas situaciones se produce, la empresa demandada, ahora recurrente, «Iberduero, S. A.», propietaria y beneficiaria de la explotación de instrumentos, maquinaria o enseres que, por su propia naturaleza y características, comportan peligro o riesgo, habría de demostrar para quedar inculpada en el accidente en cuestión, una actuación y vigilancia indubitable acreditativa que el evento dañoso se produjo, no obstante, por fuerza mayor o culpa exclusiva de la propia víctima, lo que no se ha producido, al no haberse aportado por la citada entidad recurrente prueba eficiente acreditativa que la distancia de la línea de tendido eléctrico en cuestión al suelo cumplía rigurosamente lo previsto en el Decreto número 3151/1968, de 28 de noviembre, aprobatorio del Reglamento de líneas aéreas de alta tensión, en orden a la seguridad de su instalación en función de la zona clasificada, según climatología dominante, cultivo y orografía del terreno de ubicación, porque las distancias que teóricamente se señalan en la demanda y en la diligencia de reconocimiento practicada por la Policía Judicial y Guardia Civil, cifrada en unos seis metros, no pueden destruir en casación las afirmaciones de la sentencia de instancia, ni mermar o modificar las aseveraciones rigurosas que en orden a la acción aquiliana se exigen para exonerar de responsabilidad a la mencionada propietaria de la línea eléctrica de donde se ha generado el peligro inmediato y directo causante del accidente, puesto que la asignación de seis metros a que en cuanto a distancias de seguridad de los

conductores al terreno se establece en el artículo 25 de dicho Reglamento no como preceptiva, absoluta, sino como mínima, lo que indica que ha de ser superior cuando las circunstancias lo exijan, y siendo irrelevante en tendencia o eficacia exculpatoria la publicación de dibujos advirtiendo del peligro de la actividad agraria desarrollada en aquellos lugares, pues esto precisamente revela que la entidad recurrente implícitamente admite que la indicada distancia de seis metros no era suficiente y que por tanto tenía que extremar la instalación del tendido eléctrico en cuestión, y consiguientemente la distancia de los conductores al terreno, adecuada a fines de condiciones de seguridad encaminadas a evitar daños a consecuencia de la actividad agraria que se desarrollaba en la zona en donde tuvo lugar el accidente en cuestión, y que conocía la precitada entidad recurrente como evidencian la publicación de aquellos dibujos y la circunstancia de haber ocurrido con anterioridad al accidente cuestionado, otro que incluso produjo el fallecimiento del accidentado por resultar insuficiente la altura de los referidos conductores con relación al terreno; aparte que, en todo caso, el mero cumplimiento de formalidades administrativas o reglamentarias no exoneran de responsabilidad, pues, de una parte, se habría requerido que esas exigencias resultaren acreditadas al tiempo del evento dañoso producido, y de otra parte debido a que aun existiendo cumplimiento de formalidades reglamentarias éstas no excusan de responsabilidad cuando, como en el presente caso ocurre, devienen insuficientes conforme a las circunstancias concurrentes, según tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras y como más recientes, de 22 de noviembre de 1983, 6 de mayo de 1983 y 29 de junio de 1984, porque, como ponen de relieve las de 8 de mayo de 1986 y 25 de mayo de 1987, a efectos de exoneración de responsabilidad se impone no sólo el cumplimiento de las formalidades reglamentarias, sino el empleo de todos los medios que la prudencia demande para prevenir y evitar el daño; y más en cuanto que al partir el recurso, y concretamente el motivo que se examina, de considerar en «Iberduero, S. A.», una conducta irreproachable se hace supuesto de la cuestión, en cuanto no se ha desvirtuado eficientemente por la referida entidad recurrente la apreciación en contrario de la Sala sentenciadora de instancia, con lo que ha quedado firme, a efectos de casación, la inacreditación de esa pretendida irreproachable conducta, que, por exclusión, condujese a conclusión de producción del daño por causa de fuerza mayor o por la exclusiva culpa de la propia víctima, y cuya inacreditación genera situación de culpa en la mencionada entidad «Iberduero, S. A.», en concurrencia con la también situación culposa creada por el demandante perjudicado don Manuel V.G., apreciada en la sentencia recurrida, haciendo aplicación del artículo 1.902 del Código Civil como medida subsiguiente al establecimiento de la culpa de todos y cada uno de los partícipes en el suceso, conduce a responsabilidades concurrentes, según certeramente se aprecia en dicha sentencia recurrida, traducible en una compensación económica a causa de una moderación responsabilizadora de tal índole, como tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras y como más recientes, de 16 y 30 de mayo, 27 de junio y 24 de octubre de 1983, 31 de octubre de 1984, 23 de octubre y 17 y 19 de diciembre de 1986, y 22 de abril y 7 de diciembre de 1987, cuya concurrencia responsabilizadora es irreversible en casación, tanto por haber sido consentida por el recurrido, que no formuló recurso contra la sentencia que lo declaró y ser favorable a la entidad recurrente por la firmeza que depara aquella conformidad, cuando porque, según tiene declarado esta Sala en Sentencia de 13 de febrero de 1984, la cuestión de concurrencia responsabilizadora, por apreciación de culpas concomitantes es irreversible en casación en sus aspectos cualitativo y cuantitativo,

por implicar problemas referentes a la entidad y alcance de las respectivas culpas al permanecer invariables los hechos declarados probados de la sentencia recurrida.

R. DE A.

CONTRATO COMPRAVENTA DE VIVIENDA. NO CUMPLE EL VENDEDOR QUE ENTREGA LA VIVIENDA, PERO INCUMPLIENDO LAS CONDICIONES RELATIVAS AL CONJUNTO DE LA URBANIZACION. NO PROCEDE LA RESOLUCION DEL CONTRATO Y TAMPOCO LA CONDENA AL PAGO DEL PRECIO (SENTENCIA DE 17 DE MAYO 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.—Instada por el vendedor, aquí recurrente, en las actuaciones originales, la resolución del contrato de compraventa de una vivienda, el piso 5.º, C, del edificio «Marte», de la Urbanización «Parque Luz» de la ciudad de Granada, contra la adquirente de dicha vivienda, con fundamento en el impago de la parte de precio aplazada o subsidiariamente, la condena de la compradora al saldo de la misma, la sentencia recurrida con claridad, precisión y poniendo de relieve lo que resulta de un análisis pormenorizado del material probatorio que ofrecía lo instruido en primera instancia, establece resumidamente como conclusiones: a) Que la demandada compró el referido piso mediante contrato formalizado en documento privado cuando el edificio en que radicaba y la urbanización de que éste formaba parte se encontraban en construcción al amparo de licencia municipal de edificación concedida por el Ayuntamiento conforme a proyecto de Arquitecto, que incluía una urbanización compuesta por seis edificios que comprendían 120 viviendas, ocho locales comerciales, una piscina semiolímpica y dos plantas de sótanos destinadas a aparcamientos, siendo con arreglo al proyecto la planta 5.ª del edificio «Marte», en la que se situaba el piso comprado por la demandada, la última planta, sin que montara sobre ella áticos o buhardillas; y b) Que el demandante, constructor de la urbanización y vendedor del piso de litis, había procedido a la ejecución de las obras de la urbanización, sin ajustarse al proyecto y a la licencia municipal, construyendo en el edificio «Marte» una planta de áticos abuhardillados, compuesta de 12 apartamentos, montando sobre la planta 5.ª referida, e introducido, asimismo, otra serie de modificaciones en la configuración y servicios proyectados para la urbanización, entre los que destacan, por su transcendental incidencia en el complejo al conformar el hábitat en que sitúa el piso comprado, las de la construcción de otras tantas plantas de áticos abuhardillados en los otros cinco edificios que completan la urbanización; la construcción de unos locales comerciales en la zona destinada en el proyecto a espacio libre entre los edificios «Marte», y otro la construcción de una tercera planta de sótano, situada entre el forjado de la planta baja y el primer sótano, ocupando el volumen que en el proyecto estaba previsto para la construcción de una piscina y la instalación solamente de dos calderas de calefacción de las seis proyectadas.

Con apoyo de las resaltadas conclusiones y en las afirmaciones fácticas que entrañan, la resolución impugnada, estimando incumplimiento por parte del

constructor-vendedor de las obligaciones que le incumbían y analizando su alcance, absolvió a la demandada de las pretensiones en su contra articuladas en el suplico de la demanda, y es dicho pronunciamiento judicial el que es atacado por el demandante vendedor en el presente recurso a través de cinco motivos, deducidos todos ellos con amparo procesal en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que determina queden inalteradas en este trámite casacional las denotadas afirmaciones fácticas y que, al no haber sido desvirtuadas por el cauce del número 4.º del citado artículo de la Ley Procesal, acusando error en la apreciación de la prueba o con sede en su número 5.º, señalando preceptos valorativos de pruebas que hubieran sido infringidos por la Sala sentenciadora en la instancia al apreciarlas, a las mismas ha de estarse al analizar y decidir los temas que los meritados motivos plantean.

En el primer motivo del recurso, aunque deducido como amparo procesal en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la realidad es que en razón a los alegatos que le sirven de fundamento lo que plantea es un tema de abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción claramente incardinable en el número 1.º del referido artículo, dado que la vulneración de los preceptos de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, así como de otros de Reglamento de Disciplina Urbanística de que acusa a la sentencia recurrida, deriva de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues según tesis del recurrente la Sala sentenciadora en la instancia aplicó indebidamente los preceptos primeramente citados y fundamentó en tales preceptos su fallo, siendo así que el conocimiento y decisión de los temas que podían dar lugar a la aplicación de tales normas correspondían a los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, no siendo lícita su aplicación por los Tribunales de orden civil. El decaimiento del motivo lo determina la circunstancia de que cualquiera que sea la fortuna con la que en la resolución impugnada se citan los preceptos dichos, los mismos no constituyen el fundamento de su fallo, sino aquellos otros de índole puramente civil de pertinente aplicación al incumplimiento por el vendedor de las obligaciones que en el puro ámbito de aplicación de las normas de derecho privado que rigen el contrato de compraventa le incumbían, cual las contenidas en los artículos 1.124, 1.461, 1.469 e interpretación dada por la jurisprudencia de esta Sala al artículo 1.504 del Código Civil, al ser obvio, por demás, que los hechos puestos de relieve en el primer fundamento de derecho de esta resolución, incólumes en este trámite de casación, constituyen incumplimiento de las obligaciones que en el ámbito puramente privado del contrato de compraventa competían al vendedor, al margen de aquellas que las disposiciones administrativas de índole urbanística pudieran imponerle.

De los hechos que la sentencia recurrida declara acreditados y que resumidamente se ponen de relieve en el primer fundamento de derecho de esta resolución, inalterados en este trámite de casación, según se argumenta en el segundo de dichos fundamentos, deriva como indeclinable consecuencia el procedente rechazo de los motivos articulados como segundo y tercero, en los que se acusa, respectivamente, la violación por inaplicación de los artículos 1.089 y 1.091 del Código Civil y del artículo 1.255 del propio Cuerpo legal, preceptos todos ellos que aparte de no ser hábiles aisladamente invocados para fundamentar un recurso de casación por infracción de Ley, dada la generalidad de los principios que consagran, lo que se pretende con los mismos, según resulta de la simple lectura de los alegatos que le sirven de desarrollo, es desvirtuar las afirmaciones fácticas de la resolución impugnada, poniendo de relieve el contenido de docu-

mentos que si el recurrente entiende acreditan un error en la apreciación de la prueba debió elegir el cauce que le ofrecía el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para aducirlo y, no haciendo supuesto de la cuestión, establecer que dichos documentos prueban hechos que contradicen los que fija la resolución impugnada para fundamentar su fallo.

Igual suerte adversa corresponde al motivo cuarto del recurso, en el que se acusa la infracción por interpretación errónea de los artículos 1.462 y 1.469 del Código Civil, ya que a juicio del recurrente la sentencia recurrida, en el 3.º de sus considerandos, alude a los mismos para llegar a la conclusión de que no se ha entregado el piso objeto de la venta de conformidad a lo pactado, sacando de ello la consecuencia de que el vendedor ha incumplido tal obligación. Aunque es cierto que la sentencia recurrida en el 3.º de sus Considerandos hace invocación de la preceptiva contenida en los artículos 1.461 —y no 1.462 como el motivo expresa— y 1.469 del Código Civil, el razonamiento que contiene según el que «el piso entregado a la demandada no se ajustaba al proyecto a que se remitía el documento privado de compraventa», lo que hacía no pudiera estimarse que el vendedor había cumplido su obligación de entregar la cosa vendida en las condiciones pactadas en la convención, no puede concluirse determine una interpretación errónea de los preceptos dichos, habida cuenta que ante los graves incumplimientos por el vendedor, que de los hechos puestos de relieve en el primer fundamento de derecho de esta resolución resultan, no puede menos de concluirse que la entrega material del piso y espacio ubicado dentro del mismo no cumplía la exigencia de poner en posesión de la compradora «todo lo que expresaba el contrato» y en este sentido, atendido el supuesto de hecho que se ofrecía a la decisión judicial, la Sala sentenciadora en la instancia interpretó rectamente el alcance de los preceptos de cuya vulneración se le acusa.

Partiendo de la afirmación de que el vendedor había cumplido las obligaciones que como tal le incumbían, se deduce, haciendo supuesto de la cuestión, el quinto y último motivo del recurso, tachando a la resolución impugnada de haber infringido por inaplicación lo dispuesto en los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, preceptos que, como es sabido, al haberlo sancionado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala en sentencias que por conocidas se hace innecesaria su cita, no se eluden entre sí sino que se complementan, representando únicamente el segundo una aplicación a la compraventa de bienes inmuebles de la regla general que referente a los requisitos que han de concurrir para que opere la resolución de las obligaciones en el primero se contienen, lo que hace que en el caso concreto de la presente controversia establecido por la sentencia recurrida el incumplimiento por el vendedor, con anterioridad a la fecha en que la compradora debía saldar la parte del precio cuyo impago se acusa, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código Civil no pueda operar la resolución que de tal impago podía derivarse por no ser lícito postularla el contratante que primero incumplió, a lo que es de añadir que respecto a la pretensión del vendedor de que subsidiariamente y si no se accede a la resolución se le haga pago del precio referido es, también, correcta la tesis de la sentencia recurrida en el sentido de que no procede el pago hasta tanto no se haga entrega de la cosa objeto del contrato en las condiciones pactadas. En su consecuencia, la sentencia recurrida lejos de violar los artículos 1.504 y 1.124 del Código Civil aplicó debidamente el contenido de tales preceptos y de la jurisprudencia de esta Sala interpretativa de su alcance, lo que determina el procedente rechazo del motivo.

R. DE A.

FIANZA. NOVACION DE LA OBLIGACION, CONCERTADA POR EL DEUDOR Y EL ACREEDOR: NO EXISTE. EXTINCION DE LA OBLIGACION DEL FIADOR POR PAGO DE LA DEUDA (SENTENCIA DE 26 DE MAYO 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 acción ejercitada por el ahora recurrente tenía por objeto fundamentalmente declarar extinguidas sus obligaciones como fiador mediante las pólizas de préstamo suscritas como contratantes principales entre el Banco Exterior de España como prestamista y «M., S. A.», y «R. C. C., S. A.», como prestatarias, el día 4 de agosto de 1979, con signaturas cc-2348/79 y cc-2349/79 y cantidades de 3.343.140 pesetas y 5.957.056 pesetas, respectivamente, y consecuentemente a ello la declaración de nulidad de los juicios ejecutivos seguidos también, respectivamente, en el Juzgado número 2 de Córdoba, con número de registro 1.105/80, y en el Juzgado número 1 de dicha capital con el número de registro 1.095/80, en los que se mandó seguir la ejecución adelante contra los bienes de los demandados, entre ellos don José C. J., que adquirieron firmeza, tras no haberse promovido por los demandados ni oposición a la demanda ejecutiva ni recurso contra la sentencia recaída en los mismos, solicitándose también dejar sin efecto las consecuencias jurídico-económicas producidas en el supuesto de haberse ejecutado dichas resoluciones. Las sentencias de instancia —la de apelación confirmó íntegramente la de primer grado—, desestimaron la demanda por la consideración principal de que si esgrimiéndose por el actor determinados pactos que dejaban exentos de sus responsabilidades a los fiadores, lo que constituía una negociación notoria—, y aunque era dudoso que en ella se incluyeran las pólizas ejecutadas debió el demandante, fiador en esta litis y aquí recurrente, hacer uso de la oposición por vía del artículo 1.464-8.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y al no hacerlo así, puesto que las sentencias se dictaron con su contumacia procesal, había quedado definitivamente cerrada la posibilidad de iniciar un procedimiento declarativo para discernir un tema que pudo ser controvertido en el juicio ejecutivo, por lo que la permisibilidad contenida en el artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de entenderse para el caso de no poderse, por vía de excepción o nulidad, en el propio juicio ejecutivo, hacer oposición a la demanda que lo inició.

Por razones de metodología procesal serán analizados en primer lugar los motivos formalizados al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, porque incidiendo en las premisas de hecho declaradas por el juzgador, su alteración eventual condicionaría la aplicación ajustada del ordenamiento jurídico. Así, en el segundo de los motivos acusa el error de hecho en que incurrían las sentencias, al no apreciar que la escritura de ratificación en la aceptación pura y simple de la hipoteca constituida a favor de los acreedores, entre otros el Banco Exterior de España, y que éste verificó otorgando a tal efecto la escritura de 24 de noviembre de 1980, confirmando la que el día 7 del mismo mes y año había otorgado a su vez el Banco Hispano Americano como mandatario suyo en tal aceptación pura y simple, de cuya circunstancia pretende extraer, como conclusión contradictoria a la afirmación del juzgador de instancia, que no habiéndose producido tal hecho sino después de la citación de remate, no podía lógicamente basar la oposición en los procedimientos ejecutivos en la novación que tal acto de aceptación de la hipoteca entrañaba en lo atinente a la

liberación de responsabilidad de los fiadores, entre ellos el hoy recurrente. El motivo no puede prosperar porque, ciertamente, que aun no dando por conocida tal aceptación por el recurrente, es evidente que ella, referida como está a la escritura de constitución de hipoteca unilateral de 20 de julio de 1980 (folios 12 a 78) y por consiguiente como secuencia inmediata y directa del convenio privado del 20 de marzo anterior (folio 9), hubiera sido preciso acreditar por el actor-recurrente que el crédito que en tal convenio figuraba a nombre del Banco Exterior de España, de 26.839.537 pesetas, afectaba o comprendía a los créditos concedidos por virtud de las pólizas de que se hizo mención al principio y que fueron los títulos privilegiados que constituyeron el material ejecutivo integrado de los procesos cuya nulidad se pretende; y es el caso que no sólo no lo acreditó, sino que es palmario que el tal crédito del convenio privado de 20 de marzo de 1980 es el documentado por póliza número 68-59/78 de vencimiento 20 de septiembre de 1979, —es decir, que en tal fecha ya había vencido—, por importe de 25.700.000 pesetas, cuya prestataria era «M., S. A.» (folio 130), y por lo tanto distinta de las dos pólizas de autos, y lo corrobora el dato elocuente de que el convenio de 20 de marzo de 1980 no está suscrito ni personalmente ni por representación, por el actor recurrente, aparte de que del total de 396.214.123 pesetas, la hipoteca constituida posteriormente sólo garantizaba el pago de 325 millones, mientras que para los casi 75 millones restantes se documentaría por medio de una póliza, cuyo cumplimiento no consta en autos, como tampoco se aprecia en las actuaciones una probanza por el demandante, a quien incumbía tal menester, de que son las pólizas de autos y no la que se ha especificado últimamente de 25.700.000 pesetas, las que se comprendían en el documento tan citado de 20 de marzo de 1980 como créditos a ser garantizados por la hipoteca, cuya constitución unilateral y posterior aceptación pura y simple por la entidad bancaria hoy recurrida tuvo lugar en escritura de 24 de noviembre de 1980, por lo que el error de hecho señalado no aparece como cierto y ha de advertirse que esta Sala, con función casacional, tiene, según su propia doctrina, acceso a la apreciación directa de las actuaciones para formular declaraciones fácticas, cuando por defecto u omisión del juzgador de instancia no se haya definido con exactitud y la debida extensión y profundidad la historia circunstanciada del sustrato fáctico que anida en la relación material o de fondo de cualquier controversia suscitada judicialmente (Sentencias de 2 de junio de 1981, 17 de febrero de 1982, 15 de julio de 1983 y 4 de abril de 1984).

El tercer motivo, con igual sede que el anterior (art. 1.692-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), destaca el error de hecho sufrido por la sentencia recurrida al no apreciar, que aparte de la «clave» de este procedimiento, basado en los factores examinados en el fundamento de derecho procedente, es decir, la novación se utilizó en la instancia declarativa la «clave» o tema de la dación en pago o pago, que según los documentos que señala, relativos a la suspensión de pagos de las dos entidades deudoras principales «M., S. A.», y «R. C. C., S. A.», por ser posteriores incluso a las sentencias de los procedimientos ejecutivos no pudieron, obviamente, ser opuestos tampoco en los mismos, por lo que afectando inequívocamente a los créditos formalizados en las pólizas que fueron objeto de dichos procedimientos privilegiados no podían constituir las sentencias en ellos recaídas aún firmes, presunción de cosa juzgada que pudiera invalidar el proceso a que se contrae esta casación, pues entraña una faceta nueva y sobre todo un tema o «causa petendi» que habría de ventilarse en un procedimiento de amplio espectro declarativo. Pues bien, cierto es que la entidad bancaria hoy recurrida prestó, por escritura pública de 26 de octubre de 1981 (folio 268), su adhesión a los

convenios de acreedores celebrados en las suspensiones de pagos de «M., S. A.», y de «R. C. C., S. A.», y así se observa cómo en esta última aparece, con un crédito común de 5.957.056,20 pesetas, coincidente con la póliza que fue objeto del ejecutivo número 1095/80 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Córdoba —con independencia de otro crédito con derecho de abstención que aquí no nos afecta—, por lo que es evidente que en cuanto al mismo el convenio aprobado judicialmente, sobre todo en sus extremos 10.º, 11.º, 12.º y 13.º, suponen la aceptación del pago verificado por *datio in solutum*, con renuncia del resto no cubierto por los bienes adjudicados *in valorem* o *in genere* (folio 272), lo que, sin perjuicio de la validez procesal del procedimiento ejecutivo como tal, se ha producido por acto propio y posterior a él, del Banco Exterior de España, un acto que suponiendo pago del crédito viene a exonerar de responsabilidades accesorias, aunque sean solidarias, a los fiadores de la satisfacción de la deuda (art. 1.849 del citado Cuerpo legal), pero no acontece lo mismo con la suspensión de pagos primera, pues por las razones expuestas no cabe extraer las mismas consecuencias de la dación en pago, respecto del crédito de la póliza de «M., S. A.», de 3.343.140 pesetas, puesto que no se ha demostrado que esté incluido en el crédito reconocido a favor de la entidad bancaria acreedora, ahora recurrida, de 8.891.027 pesetas (folio 224), es decir, que sea comprensivo del que venía amparado en la póliza objeto del proceso ejecutivo número 1105/80 del Juzgado número 2 de los de Córdoba. Ahora bien, tanto en uno como en otro caso, lo que queda patente es que la virtualidad de la cosa juzgada de las sentencias de los procesos ejecutivos no podía predicarse, para hacer inoperante el declarativo a que se contrae este recurso extraordinario, ni aun con el criterio interpretativo más restrictivo del artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que con posterioridad a ellas se ha producido un acto propio de la acreedora aceptando y asumiendo una fórmula de pago cuyo análisis y discernimiento entraña una cuestión que si de existir al tiempo de la citación de remate hubiera podido y debido ser materia de debate dentro del cauce de esos procesos privilegiados (art. 1.464-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), ciertamente que, por su acaecimiento posterior y por acto propio vinculante y eficaz de la entidad ejecutante, hace necesario e imprescindible su debate en este declarativo, por lo que al no entenderlo así el juzgador de instancia ha de casarse su sentencia, bien advertidos de que ello, abriendo la posibilidad del conocimiento de fondo de esta Sala, deja expedita también la aceptación o no de esa misma tesis de fondo de la demanda inicial, que en este caso, por el análisis verificado, se acepta en cuanto a la póliza en la que figura como beneficiaria del préstamo «R. C. C., S. A.», y no en cuanto concierne a la del crédito a favor de «M., S. A.».

Con lo expuesto anteriormente ha quedado prácticamente resuelto el motivo primero del recurso que por el cauce del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la violación del artículo 1.479 del mismo texto legal en relación con el artículo 1.252 del Código Civil, pues ciertamente que la interdependencia de los tres primeros motivos hacían prácticamente difícil hacer definiciones específicas en cuanto a cada uno de ellos sin incidir en el ámbito propio de los demás y así en esta inteligencia cabe declarar que es en cada caso concreto donde ha de proclamarse la apertura o cierre del mandato del artículo 1.479 de la Ley Procesal citada, en cuanto al debate en juicio declarativo de los temas que pudieron ser analizados en el procedimiento privilegiado, de suerte que no se vacíen de contenido los artículos 1.464, 1.465 y 1.466 de dicho texto legal, haciéndolos inútiles con gravísimo perjuicio de la seguridad jurídica, pero con la discreción doctrinal y técnica correspondiente a no convertir ese proceso

ejecutivo en un ancho campo de controversia en la que se puedan profundizar temas complejos, como pudiera ser el del motivo tercero de este recurso, en que la *datio in solutum* a través de la adhesión a un convenio de acreedores precisa de esa amplitud, que en el caso de autos no podía reconocérsele al motivo segundo en que la existencia de la novación aflora positiva o negativamente sin necesidad de una profundización tal que requiera declaración de derechos previos, sino de su simple constatación —positiva o negativa—, documental.

Casada la sentencia de la Sala *a quo* con estimación del tercero y primer motivo, y dado que el conocimiento del material de fondo ha sido también estimado, según se ha dicho, en lo concerniente al crédito concedido a «R. C. C., S. A.», por estimarse haberse aceptado el pago con la correlativa liberación de obligaciones accesorias, aunque sean solidarias de los fiadores (art. 1.849 del Código Civil), quiérese decir que se acepta el quinto motivo del recurso que al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil acusa la violación de los artículos 1.156-1.º en relación con el artículo 1.849, ambos del Código Civil y, consiguientemente, también el motivo 6.º que por el mismo cauce denuncia la violación del artículo 1.156-3.º en relación con el artículo 1.143-1.º también del Código Civil, cada vez que, repetimos, ha sido la adhesión al convenio de acreedores, según las cláusulas que ya se señalaron (10.ª, 11.ª, 12.ª y 13.ª), la que ha implicado la aceptación de pago por adjudicación del valor realizado de los bienes del activo y en su defecto por adjudicación *in genere* con paralela renuncia a la diferencia insatisfecha.

El motivo cuarto que por el cauce del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la violación de los artículos 1.156 y 1.203 del Código Civil, al haberse rechazado el motivo segundo por supuesto error de hecho, queda automáticamente frustrado también, porque en su alegato hace supuesto de la cuestión la existencia de una novación, que como se anticipó al analizar dicho segundo motivo, ha quedado totalmente descartada.

Rechazados los motivos segundo y cuarto y estimados los demás ha de declararse haber lugar al recurso casando la sentencia de la Sala *a quo* y revocando la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Córdoba, estimar la demanda parcialmente, es decir, sólo en lo atinente al crédito de 5.957.056 pesetas de la póliza cc-2349/79, y dejando intacta la validez del procedimiento ejecutivo 1.095/80 como tal, se declaran extinguidas por pago hecho posteriormente las obligaciones que como tal fiador afectaban al demandante hoy recurrente, con las subsiguientes secuencias obligadas que a tal declaración se señalan en el apartado c) y con arreglo a las tres bases que en el suplico se exponen, rechazándose el resto de las pretensiones de la demanda; sin hacer expresa imposición de costas ni en las instancias ni en el recurso, devolviéndose el depósito constituido (art. 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

R. DE A

PROMESA ABSTRACTA DE DEUDA. DOCTRINA GENERAL SOBRE LOS NEGOCIOS ABSTRACTOS. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO 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.—De lo actuado en los presentes autos resulta lo siguiente:

1. Don Miguel C. R., con fecha 30 de junio de 1980, dirigió a don Angel R. C. una carta del siguiente tenor literal: *De conformidad con las conversaciones mantenidas con usted me comprometo formal y solemnemente a pagar a usted 12.500.000 pesetas para el supuesto de que los locales, sótano, bajos y entresuelo, ubicados en la calle Lauria, esquina a Pascual Genis, sean vendidos total o parcialmente a una entidad financiera y de crédito con domicilio en Madrid. Esta cantidad será abonada en metálico en el momento de firmarse la operación, en prueba de reconocimiento expreso de esta obligación se entrega la presente carta a don Angel R. C., M. Camaño* (folio 6).

2. Con fecha 6 de octubre de 1980 don Angel R. C. remitió a don Miguel C. R. una carta en la que le expresaba: «Por la presente le recuerdo la obligación contraída por usted en el documento de 30 de junio de 1980, que libre y voluntariamente suscribió. En consecuencia, le hago presente que, en el supuesto de que sean vendidos a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid total o parcialmente los locales de sótano, bajos y entresuelo ubicados en Valencia, en la calle Lauria esquina a la calle Pascual y Genis, deberá abonarme en metálico la cantidad concretada en el referido documento. Dicha cantidad, según los términos de la obligación, habrá de pagarse en el momento de firmarse la operación de venta» (folios 7-10).

3. Por escritura pública otorgada el 7 de noviembre de 1980, don Miguel C. R., con el consentimiento de su esposa, vendió a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid los locales anteriormente reseñados por precio de 125.000.000 de pesetas, confesadas y recibidas (folios 11-13).

4. En acto conciliatorio celebrado el 21 de enero de 1983 (folio 50), el señor R. C. ofreció a don Félix S. M., en pago de parte de superior cantidad que éste le reclamaba, el crédito de 12.500.000 pesetas que aquél ostentaba frente a don Miguel C. R., ofrecimiento que fue aceptado, siéndole notificada tal cesión al deudor señor C. (folio 14).

Del contenido del documento transcrito en el fundamento anterior (número 1) no puede deducirse que se esté ante un supuesto de aplicación de la doctrina referente a la voluntad unilateral como fuente de obligaciones (criterio fundamentalmente mantenido por la sentencia recurrida), ni tampoco que estemos en presencia de un contrato de mediación o corretaje (tesis del recurrente). En rigor, el cuestionado documento no es sino una *promesa de deuda abstracta*. Se trata en síntesis de un negocio jurídico en el que las partes excluyen voluntaria y deliberadamente la declaración de la causa de la obligación, no obstante lo cual el acreedor adquiere la titularidad de un *ius exigendi*, sin necesidad de alegar ni justificar la causa. La diferencia fundamental entre el negocio jurídico causal y el abstracto estriba en que, en el primero, el convenio sobre la causa forma parte del contrato, mientras que en el segundo está disociada o separada del mismo. Tal doctrina, fundamentada en nuestro Derecho básicamente en el dogma de la autonomía de la voluntad y con reconocimiento específico en el artículo 1.277 del Código Civil, que sanciona la validez y eficacia de todo contrato, aunque no se exprese la causa, presumiéndose que existe y es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario, ha sido mantenida por esta Sala al declarar que el reconocimiento de deuda (más exactamente, de «promesa de deuda», si afecta a la obligación constituida por primera vez, o «reconocimiento de deuda», si se refiere a la obligación preexistente) surte efectos propios con abstracción de la obligación contraída, lo que sitúa la figura contemplada dentro del ámbito de los negocios abstractos, caracterizados, no porque carezcan de causa (indispensable en el Derecho patrio para la validez de todo contrato), sino porque la misma, por

voluntad de las partes, se encuentra separada o desligada de aquél, de tal modo que el contrato tiene virtualidad con independencia de la causa. (Sentencias de 8 de marzo de 1956, 13 de junio de 1959, 3 de febrero de 1973, 14 de diciembre de 1978, 3 de noviembre de 1981, 30 de noviembre de 1984, 10 de abril de 1986 y Resolución de la Dirección General de los Registros de 14 de octubre de 1986).

El negocio abstracto propiamente dicho representa y significa un modo de concebir el tráfico jurídico fundado en la idea de seguridad jurídica y constituye un intento de independizar el efecto jurídico de las posibles anomalías o vicisitudes de que pueda adolecer el iter contractual causante de dicho efecto jurídico. Se trata, en definitiva, de que éste se produzca a pesar de aquéllos y de que el destinatario o beneficiario del efecto jurídico no se vea afectado por ellos. Y siendo en nuestro Ordenamiento positivo, a tenor de lo dispuesto en el ya citado artículo 1.277 del Código Civil, perfectamente válida una abstracción puramente formal o procesal, es decir, la que resulta de una declaración de voluntad que no expresa ni incorpora la causa fundamentadora y justificativa de la misma, se impone la desestimación del primer motivo en el que se acusa error en la apreciación de la prueba, pues si bien es cierto que la sentencia recurrida alude a la teoría de la voluntad unilateral como fuente de obligaciones, no obstante llega a la correcta estimación de la demanda. Por tanto, razones de economía procesal imponen denegar la casación en aquellos casos en que las infracciones alegadas y estimadas no contradicen el razonamiento que sirve de base para mantener el fallo recurrido que, en consecuencia, ha de confirmarse desestimando este primer motivo del recurso.

Igual rechazo merece el segundo y último motivo, dado que no se acredita en modo alguno infracción de los artículos 1.261, 1.262 y 1.273 del Código Civil, según se desprende de lo expuesto en los fundamentos anteriores. Y respecto a la supuesta infracción del Decreto de 4 de diciembre de 1969 ha de tenerse presente que aun en el caso, meramente hipotético, de que el recurrente hubiese probado su aserto, es decir, que se trata lisa y llanamente de un contrato de mediación o corretaje, resultaría incuestionable la licitud del contrato, pues como declaró esta Sala en Sentencia de 6 de octubre de 1984, es insostenible el argumento de la prohibición de realizar el cometido de la intermediación por quien no ostenta la condición de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, tal como resulta del citado Decreto de 4 de diciembre de 1969, destinado a regular la realización en situación profesional o de habitualidad de las actividades a que se refiere, pero no en supuestos distintos o en casos en los que de manera ocasional se pacte expresamente la entrega de una retribución a favor de una determinada persona para el caso en que se lleve a feliz término una concreta operación.

R. DE A.

VENTA DE EMPRESA. NO DA LUGAR A INCOMPATIBILIDAD INDUSTRIAL O COMERCIAL DE LOS VENDEDORES. INTERPRETACION, PACTO DE PENSION O RENTA VITALICIA. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE 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.—Para el adecuado planteamiento del presente recurso procede establecer los siguientes antecedentes: A) José P. P. y sus hijos Enrique

y José P. L., sobre la base de unos talleres del primero instaladas en Sagitario, 7, y Hércules, 4 y 7, de A., dedicados a la industria de carrocerías, constituyeron, mediante escritura de 7 de mayo de 1979, la Sociedad Limitada «Industrias Carroceras P.» B) Ante dificultades económicas que sobrevinieron pronto, cesaron las actividades sociales el 31 de mayo de 1981 por efecto de un contrato de fecha 16 del mismo mes entre los propietarios y los trabajadores de la industria, en espera de constituir sobre el patrimonio social una empresa laboral. Mediante escritura de 4 de mayo de 1981 se constituyó efectivamente la «Empresa Laboral Carrocerías P., Sociedad Anónima», con un capital social de 15.000.000 de pesetas, en acciones de 1.000 pesetas, suscribiendo Enrique y José P. L. 1.803 acciones cada uno y los demás otorgantes el resto de las acciones, a razón de 200 cada uno de ellos; en el Consejo de Administración entonces nombrado aparecen aquéllos como Vocales, siendo designados Consejeros Delegados, otro y Enrique P. L., mancomunadamente. C) Finalmente y por nuevas dificultades sobrevenidas en el funcionamiento de la nóminal laboral se otorgó el contrato de 9 de febrero de 1982 que constituye el folio 44 del juicio entre Enrique y José P. L. de una parte y «C.» de la otra, el cual se da aquí por reproducido. D) El objeto del juicio de que el presente recurso dimana lo constituye la pretensión ejercitada por José P. P. y Enrique P. L. de que se condene a «C» al pago de la pensión convenida en favor del primero y a que se hará referencia, y a que se le reintegre de los pagos efectuados por él de los préstamos a la sociedad efectuados por el Banco Exterior de España (un millón) y Banco de Alicante (424.421); y a que se reintegre a Enrique P. L. del pago efectuado por él del préstamo a la sociedad de la Caja de Alicante y Murcia (1.107.492), todo conforme al contrato de 9 de febrero de 1982. E) La Sociedad demandada tiene principalmente alegado frente a la demanda, que Enrique P. L. ha establecido una industria similar, en la misma plaza de Alicante; lo que, a su juicio, le faculta para dejar de cumplir el contrato litigioso. F) La sentencia del juzgado que la Audiencia acepta sustancialmente da lugar a la demanda y declara que, el actor José P. P. pagó efectivamente la cantidad de 1.424.421 pesetas, un millón para cancelar el saldo de la póliza de crédito con el Banco Exterior de España y 424.421 para amortizar el saldo del préstamo del Banco de Alicante; y la Audiencia, objetando respecto de la operación con el Banco Exterior «que de la prueba practicada no aparece con claridad cuál era el saldo adeudado y cuáles las cantidades abonadas por el señor P. P. para cancelar la cuenta con posterioridad al pacto», difiere la fijación cuantitativa de ese concepto, a la fase de ejecución de la sentencia. Siendo hecho aceptado que Enrique satisfizo el préstamo de la Caja de Alicante.

Con los relatados antecedentes pronto se advierte la inviabilidad del presente recurso que se articula con dos motivos al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el primero por no aplicación de los artículos 1.281 y 1.282 y el segundo también por no aplicación del artículo 1.124, todos del Código Civil. En realidad, si se atiende a su desarrollo, los dos motivos ofrecen el mismo contenido, esto es, que el hecho reconocido por la parte actora de ejercer las mismas actividades industriales y mercantiles que la Sociedad demandada, en otro local de la misma plaza, constituye competencia desleal con incumplimiento del contrato de 9 de febrero de 1982. Para el motivo primero quebrantan una prohibición implícita en el contrato «Factor esencial en el nuevo negocio (razona) era el mantenimiento de la clientela, ligada, como es lógico, en los primeros años de andadura, a las personas y al nombre de los señores P.». Aunque ni en éste de 1982 ni en el antecedente de 1981 «se fijó de forma explícita la prohibición de que los señores P. obstaculizaran la marcha de la empresa

laboral mediante la competencia desleal o por cualquier otro procedimiento», debe entenderse (a juicio de este motivo) la tal prohibición como «cláusula implícita de los dos documentos antes citados, según la interpretación espiritualista de los mismos impuesta por los artículos 1.281 y 1.282», pues «la finalidad esencial de los pactos suscritos era totalmente incompatible con la libertad de los señores P. para desarrollar un negocio de la misma naturaleza en la misma ciudad». A partir de dicha interpretación y de apreciar que «dichos contratos, de contenido complejo, regulan globalmente, como en todo, diversas relaciones existentes entre los señores P. y sus trabajadores» y por ello «todas las obligaciones esenciales que de él se derivan para ambas partes tienen el carácter de obligaciones recíprocas o sinalagmáticas», a partir —se repite— de dicha interpretación, la parte demandada entiende que pudo omitir los pagos objeto de la demanda, incluida la pensión de P. P. El motivo segundo es pues claramente tributario del primero y el recurso se reduce, por ello, al punto de si los contratos de 1981 y 1982 contienen efectivamente la prohibición de las actividades que ahora ejercen los P. L.

La interpretación de los contratos, como es sabido, corresponde a la fase de instancia y a los órganos de la misma, según tiene afirmado esta Sala en un ingente número de sentencias. Sólo cuando la interpretación es claramente opuesta a la lógica cabe sustituirla por otra que la satisfaga; y debe ser mantenida la de la instancia, aun cuando queda alguna duda sobre su certeza. Los términos del contrato de 9 de febrero de 1982 desprendan de su temor literal que su principal finalidad y el núcleo de la voluntad de los otorgantes fue el de separarse (los señores P.) y separarles («C.») del objeto social y dejar fijadas y liquidadas las innumerables operaciones consiguientes al complejo contrato antecedente de 16 de marzo de 1981 y las que de ellas se derivaron y siguieron; «deseando los señores P. separarse de la sociedad y dejar resueltas y finiquitadas todas las obligaciones que, tanto para ellos como para los restantes accionistas y para la propia mercantil «C.» se deriva(n) del documento de 16 de marzo de 1981, han acordado dar cumplimiento a las obligaciones que luego se dirá y que quedan plasmadas en el presente contrato, a cuyo fin se estipulan las siguientes condiciones». Con el mismo designio, la octava y última de las cláusulas de este contrato de 9 de febrero de 1982 expresa que, por dicho contrato, se resuelve y anula el suscrito con fecha 16 de marzo de 1981, en todos sus extremos, a excepción del contenido en el párrafo 7.º, en virtud del cual se reconocía a don José P. P. una renta vitalicia y ahora se concreta y determina en el importe de 49.000 pesetas mensuales», con las especificaciones que se añaden a continuación. Las condiciones o cláusulas primera y segunda tienen por contenido la cesión de las acciones sociales, al parecer a la propia sociedad y al precio de la cesión. En la misma línea de fijar y liquidar con la sociedad, la cláusula tercera concierne a «las diferentes cuestiones pendientes» para concertar el que «las cuentas entre estas partes se saldan por el valor de 200.000 pesetas» a cada uno de los P. La cuarta, aludiendo a que la sociedad debía pagar (según el contrato antecedente) «Los saldos de cuentas corrientes y préstamos que tienen suscritos los señores P. en algunas entidades crediticias», pasa a «concretar en el presente acto que la mercantil se hará cargo del pago de las siguientes cuentas»; circunstanciándose a continuación otra y las tres ahora litigiosas. Finalmente, las cláusulas quinta, sexta y séptima se refieren, concretamente, a unas determinadas letras ya pagadas (5.ª), a la obligación de los P. de gestionar la transferencia en favor de «C.» de las grúas (6.ª) y a que (7.ª) Enrique P. L. se da por despedido y por recibida la indemnización y a que, todo ello no obstante, los P. L. y «el hijo de don Enrique» percibirán, al

firmarse los «vendís» de las acciones, «las liquidaciones (laborales) de partes proporcionales». En el caso concreto que el presente recurso de casación trae a la consideración de la Sala, no sólo no existen la evidencia ni aun siquiera la sospecha de error interpretativo, sino que los términos del contrato son claros y, sin pasar adelante, con sólo la letra de los mismos, se sigue la inteligencia inequívoca de lo querido por ambas partes y que fue, y ahora ha de prevalecer, lo leído por los órganos de la instancia. El contrato de 1982 es el propiamente vigente, sin que sea legítimo argüir desde el de 1981; la idea de novar enteramente el de 1981 y sustituirlo por el de 1982 luce en los pasajes antes transcritos. Lo ultimamente pactado fue una separación total y puntual de los P. respecto de la sociedad laboral constituida sobre el patrimonio de la industria familiar de aquéllos, que cesara el 31 de marzo de 1981. Parece ajustado a la naturaleza de los pactos de 1982 el entender que en nada obstaban a la más libre actividad industrial y comercial de los separados. Por tanto, ni existe la interpretación errónea que denuncia el motivo primero ni se da el incumplimiento a que el segundo se refiere.

CONTRATO DE REPRESENTACION Y VENTA EN EXCLUSIVA: DESISTIMIENTO UNILATERAL. INCONGRUENCIA (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE 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 primero de los motivos que integran este recurso aparece procesalmente instaurado en el ordinal 3.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, al entender la Sociedad que impugna «Laboratorios J., S. A.», que el Tribunal *a quo* ha incidido en «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, por infracción de las formas reguladoras de la sentencia, al no ser ésta congruente con los pedimentos de la demanda y resultar infringido por ello el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», estimando a tales efectos en el largo razonamiento, a través del que se pretende justificar tal quebrantamiento, que «para que la sentencia sea favorable es necesaria una petición particularizada y motivada, que habrá de ser tenida en cuenta en el fallo», lo que en opinión de la recurrente no había acontecido en la litis que aquí concluye, razón por la cual, al haberla tenido en cuenta el Tribunal de apelación, incide en la denuncia de incongruencia.

El motivo está condenado al fracaso casacional, dado que no obstante el excelente trabajo que en el mismo se desarrolla en torno a la incongruencia, no puede por menos que ponerse de relieve que en el mismo se olvida un interesante extremo representado por la doctrina que esta Sala tiene sentada de modo harto frecuente, y es que la adecuación del fallo a las pretensiones deducidas en tiempo y forma por los intervinientes a título de partes en el proceso no exige que tal ajuste o acomodación haya de ser necesaria e ineludiblemente exacta y literal, dado que lo verdaderamente trascendente es que los pronunciamientos del fallo tengan eficacia (como aquí acontece) para la adecuada solución de las cuestiones sometidas al debate judicial (Sentencias, entre otras muchas, de 3 de enero y 7 de noviembre de 1986 y 31 de marzo de 1987).

En la motivación segunda, lo alegado sobre el soporte del ordinal 5 del mismo precepto que la anterior es «la infracción de las normas del ordenamiento jurí-

dico, al no haber aplicado la sentencia recurrida el artículo 1.258 del Código Civil, que preceptúa la obligatoriedad de los contratos no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también de las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley, todo ello en relación con el artículo 3 de dicho Código Civil, que obliga a interpretar las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas».

Al igual que acontece con el precedente, este motivo no puede ser estimado: a) Porque sentado en la sentencia impugnada que se trata de un contrato de tracto continuado, sin limitación concreta en cuanto a su duración, como se sienta en el tercero de sus fundamentos, «se podía dar por concluido, por cualquiera de las partes, a su voluntad, sin compensación (salvo la concurrencia de abuso del derecho o de mala fe), por lo que se dan los elementos integrantes en la pretensión de declaración vinculante de la finalización del contrato de representación y venta en exclusiva, establecido entre las partes», máxime si se tiene en cuenta que no existe ni en esta sentencia ni en la de primera instancia, cuyos fundamentos acepta y da por reproducidos la aquí impugnada, declaración alguna en orden a ese abuso del derecho o mala fe por parte de la recurrida; b) Porque, además, y como puede verse perfectamente reflejado en el quinto fundamento de esa sentencia de primera instancia, el juzgador, tanto de la misma como de la apelación, ha tenido en cuenta las normas de la realidad social del tiempo en que se dictaron; c) Por último, porque al realizar las aseveraciones que en parte sirven de fundamento a este motivo, la entidad recurrente no ha tenido en cuenta que apareciendo sentado como hecho probado y no combatido en forma (tercer fundamento de la sentencia de primera instancia, también reproducido por la aquí impugnada) «que no hay prueba de cuál dice la demandada en su reconvencción el contrato en cuestión se hubiere perfeccionado por plazo fijo y período de renovación de cinco años», el Tribunal sentenciador ha tenido en cuenta y aplicado la doctrina de esta Sala conforme a la cual, en el Derecho positivo español, la resolución por voluntad unilateral de los contratantes no se encuentra prohibida y sí por el contrario autorizada en los contratos de tracto sucesivo, criterio éste de la resolución unilateral de dicho tipo de negocios jurídicos que aparece consagrada entre otras por la doctrina que esta Sala tiene expresada en las Sentencias de 29 de mayo de 1972, 14 de junio de 1973, 21 de abril de 1974, 11 de febrero de 1984 y 19 de diciembre de 1985.

En cuanto al motivo tercero, sustentado sobre el mismo ordinal y precepto que el anterior, estima infringido por no aplicación el mismo artículo 1.258 del Código Civil que el precedente, que además de preceptuar, cual ha quedado dicho, la obligación de cumplir lo expresamente pactado, obliga a «las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley; todo ello en relación con el artículo 1.101 del citado Código, que exige la indemnización de daños a todos los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, morosidad o negligencia, o contravinieren al tenor de aquéllas».

En este caso, el perecimiento del motivo viene impuesto, además de por las consideraciones que se han dejado expuestas, en la medida que fueren aplicables, porque: a) Ha de insistirse en que no aparece justificada la existencia de las causas originadoras de la indemnización que aquí se pretende (dolo, morosidad, etc.); b) Que, como se declara en el fundamento 7.º de la sentencia de primera instancia, acogido por la de apelación. «El contrato de exclusiva no obligaba a 'Institut Pasteur Production, S. A.', a otra cosa que a no vender por medio de otra persona en tanto estuviere vigente el contrato con 'Laboratorios J., S. A.' Por eso, las gestiones con 'Laboratorios L., S. A.' (quien todavía no está autorizada siquiera

a vender los productos Instituto Pasteur Production) no genera la responsabilidad de esta compañía, por incumplimiento de contrato con 'Laboratorios H. S. A.' aunque tales gestiones comenzarán antes del fin del contrato de ésta; c) Por último, y dado que el tema de la indemnización de daños y perjuicios es fundamentalmente cuestión de hecho, es obvio que no ha sido impugnada por el cauce oportuno en casación.

R. DE A.

«LEVANTAMIENTO DEL VELO» DE LA PERSONA JURIDICA. DOCTRINA SOBRE ESTA FIGURA. (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE 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.—En el correlativo del recurso se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. «De los citados documentos —afirma el recurrente— se evidencia que la Caja Rural Cooperativa Agrícola de Jumilla es una entidad cooperativa con personalidad jurídica independiente de la también cooperativa llamada Caja Rural de Jumilla. Ambas entidades tuvieron una distinta fecha de creación. Ambas entidades se rigen por Estatutos distintos. Ambas entidades tienen un número en el Registro Especial de Cooperativas del Ministerio de Trabajo también distinto. Ambas entidades tienen distinta naturaleza, siendo una de ellas, la Agrícola de San Isidro, cooperativa de campo, y la otra, Caja Rural de Jumilla, cooperativa de crédito. Ambas entidades tienen objeto distinto, siendo también por tanto distintos el patrimonio de ellas, puesto al servicio del objeto social que desarrollan».

Pero como acertadamente argumenta la resolución recurrida, «teniendo en cuenta en este concreto caso que se enjuicia el resultado que ofrece la conjunta apreciación de lo actuado y pruebas practicadas, racionalmente valoradas de acuerdo con sus normas propias, claramente expresivo, sin duda, *de que aun habiendo titularidades jurídicas distintas, era una sola la entidad real, por unas mismas personas dirigidas la una y la otra, con igual Gerente y los mismos empleados, que la denominada Caja Rural de Jumilla, cooperativa de crédito, constituía en verdad una sección de la entidad demandada...* que no puede evadirse de su responsabilidad deudora con la ineficaz e inaceptable alegación de su falta de legitimación pasiva». A tal desestimación llega el Tribunal *a quo* en base a la doctrina mantenida por esta Sala en reiteradas sentencias, de las que es una muestra expresiva la de 28 de mayo de 1984, en la que se expresa «que ya desde el punto de vista civil y mercantil la más autorizada doctrina, en conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (arts. 1 y 9-3), se ha decidido prudencialmente y según casos y circunstancias por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (art. 7-1 del Código Civil) la tesis y práctica de penetrar en el «substratum» personal de las entidades o sociedades a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado por supuesto) se puedan perjudicar intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino de fraude (art. 6-4 del Código Civil) admitiéndose que los jueces

puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7-2 del Código Civil) en daño ajeno o de «los derechos de los demás» (art. 10 de la Constitución), o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un «ejercicio antisocial» de su derecho (art. 7-2 del Código Civil), lo cual no significa que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad de ambas entidades, sino sólo constatar, a los efectos de tercero de buena fe (el actor y recurrido perjudicado), cuál sea la auténtica y «constitutiva» personalidad social y económica de la misma, el substrato real de su composición personal y negocial a los efectos de la determinación de su responsabilidad contractual o aquiliana, porque como se ha dicho por la doctrina extranjera «quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independientes» y menos «cuando el control social efectivo está en manos de una sola persona, o sea, directamente o a través de testaferros o de una sociedad», según la doctrina patria.

La doctrina expuesta tiene plena aplicación al caso de autos porque, como analiza la sentencia de primera instancia (cuyos fundamentos jurídicos acepta la recurrida), «se observa que, a pesar de ser inscrita la Caja Rural de Jumilla como entidad distinta de aquella en cuyo seno surgió, la Caja Rural Cooperativa y Agrícola San Isidro de Jumilla no sólo es creada en una Junta general de dicha Cooperativa, sino que en el acta de su constitución refleja claramente que se crea *como sección de la misma, que de esta forma y a su servicio queda constituida*, y sus Estatutos, que son aprobados por unanimidad, establecen en el extremo *b)* del artículo 2, entre sus objetos, el *facilitar a la Cooperativa de la que forma parte como sección de la misma*, las cantidades que necesite para el desenvolvimiento y realización de sus fines reglamentarios en sus distintas secciones. Y es precisamente ese carácter de sección de crédito de la Cooperativa el que se mantiene a partir de ese momento en que su distinta personalidad jurídica no tiene un reflejo material, puesto que ni se rige por distintos órganos ni, por tanto, las deliberaciones y decisiones que le afectan son realizadas por otro organismo que la junta de la cooperativa, *que en todo momento se refiere a «nuestra sección de crédito», a nuestra Caja*; y así vemos el más claro reflejo de dicha confusión en el documento obrante al folio 167 en el que don Francisco Marcos T. G., «como apoderado de la Cooperativa Agrícola San Isidro de Jumilla», expide una certificación en torno al saldo de «un socio de esta entidad e impositor de nuestra sección de crédito» y en el que existe un sello de la Caja Rural de Jumilla. De todo lo cual se desprende que la independencia que existe entre la Caja Rural Cooperativa Agrícola San Isidro de Jumilla y la Caja Rural de Jumilla no es otra que la que existe entre una entidad y una sección de la misma, entendiéndola como parte de un todo».

Procede, pues, la desestimación del primer motivo y como obligada consecuencia la del cuarto en el que se acusa a la sentencia recurrida de haber aplicación indebida de la doctrina contenida en la citada Sentencia de 28 de mayo de 1984.

Igual rechazo merece el motivo segundo, en el que, haciendo supuesto de la cuestión, se denuncia infracción de los artículos 1.753 y 1.911 del Código Civil, aduciendo que quien estaba obligada al pago de la cantidad reclamada no era la Caja Rural Cooperativa Agrícola San Isidro de Jumilla, sino la Caja Rural de Jumilla, tema ya dilucidado y resuelto en el anterior fundamento jurídico.

El motivo tercero alega infracción de la Jurisprudencia que aplica indebidamente la sentencia recurrida, relativa a la doctrina de los actos propios, contenida

en las Sentencias de 5 de diciembre de 1984 y 5 de febrero de 1985, porque, en opinión de esta doctrina, como premisa inicial, no precisa cuáles sean tales actos, produciendo la consiguiente indefensión por desconocimiento de las razones en que funda tal doctrina, impidiendo así combatirlas. Mas semejante argumentación carece de fundamento, pues con meridiana claridad se expresa (fundamento tercero) «que tal sentido (refiriéndose a los actos propios) y teniendo en cuenta en este concreto caso que se enjuicia el resultado que ofrece la conjunta apreciación de lo actuado y pruebas practicadas, racionalmente valoradas de acuerdo con sus propias normas, claramente expresivo, sin duda, de que, aun habiendo titularidades jurídicas distintas, *era una sola la entidad real, por unas mismas personas dirigidas la una y la otra, con igual Gerente y los mismos empleados, que la denominada Caja Rural de Jumilla, Cooperativa de crédito, constituía en verdad una sección de la entidad demandada*». Si, pues, la entidad demandada ha creado la Caja Rural de Jumilla como una simple sección de crédito de la misma y ha actuado en sus relaciones con los cooperativistas como una sola entidad real, ciertamente no le es lícito alegar la excepción de falta de legitimación pasiva, porque a nadie le es permitido ir contra sus propios actos.

La desestimación de los cuatro motivos comporta el del recurso en ellos fundado en coincidencia plena con la reciente Sentencia de esta misma Sala de 16 de julio de 1987, sobre supuesto rigurosamente análogo al presente, con la consiguiente imposición de las costas a la entidad recurrente y pérdida del depósito constituido.

R. DE A.

DACION EN PAGO. NO SE TRATA DE PAGO POR CESION DE BIENES.
(SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1988).

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

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.— El 8 de enero de 1974, y mediante escritura pública de esa fecha (6 a 10 del juicio de que dimana el presente recurso), el demandante transmitió a su madre, la demandada, las 500 participaciones que en dicha fecha le pertenecían en el capital social de la limitada «Amairu Bat», también demandada. Esta sociedad, constituida en 9 de diciembre de 1969 entre la viuda y los trece hijos de José Luis L. E., no tuvo en momento alguno actividades distintas de las conservativas ni otro patrimonio que las aportaciones efectuadas en el de su constitución, de las partes indivisas de nueve fincas procedentes de la herencia causada por el marido y padre de los socios. Originariamente, las 1.300 participaciones representativas del capital social y liberadas con la aportación de las participaciones indivisas en los referidos nueve inmuebles fueron asumidas, 200 por la viuda y 80 por cada uno de los trece hijos; pero el demandado adquirió pronto (30 de diciembre) las participaciones de sus hermanos María Josefa, Ricardo Alejandro Carlos, María Isabel y María Jesús Paula, y además recibió 100 más por donación de su madre, reuniendo así las 500 objeto de la transmisión de 8 de enero de 1974. La cuestión movida entre el demandante y la demandada consiste en que, según el primero, el precio correspondiente es el contravalor en pesetas del 38,46153 por 100 del capital social y que resulta, según él de apreciar

en 78.000.000 de pesetas el patrimonio de la sociedad en la fecha de la transmisión, o sea, el 8 de enero de 1974, y que consistía en seis de las nueve fincas aportadas a la sociedad al tiempo de su constitución; mientras que la demandada sostiene que el precio lo constituyó la cifra cierta de 10.000.000 de pesetas que se satisfizo según las especificaciones que ofrece el documento privado firmado únicamente por la demandada, que constituye el folio 12 del juicio, es a saber, mediante entregas en metálico que ya le había hecho con anterioridad (80.000 el 13 de enero de 1973, 50.000 el 10 de febrero, 200.000 el 24 de febrero 1.000.000 el 2 de abril y 1.000.000 el 10 de mayo del mismo año 1973; en total, 2.330.000 pesetas). El propio actor reconoce que la demandada pagó a su vencimiento (30 de diciembre de 1973) un efecto por importe de 1.000.000 de pesetas librado por «A. A.» contra «Construcciones U.» de su interés (escrito de réplica, al folio 200), por lo que acepta ese cargo; mientras que el de 4.725.575 pesetas correspondiente a póliza de crédito con el Banco de Bilbao, aparece plenamente justificado con el certificado del folio sin numeración existente entre los 256 y 257 del juicio y el de 2.000.000, pertinente a otro efecto librado por la «Compañía A. H.», se justifica con el que obra al folio 120. Las sentencias del Juzgado (9 de abril de 1984) y de la Audiencia (8 de noviembre de 1986) desestiman la demanda, aceptando en lo sustancial la tesis de la demandada. Y, frente a ellas (ya que la del Juzgado es íntegramente aceptada por la Audiencia), el recurso alza dos motivos, ambos por el cauce del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en que se alega, respectivamente, la infracción de los artículos 1.253 y 1.175 del Código Civil.

El motivo primero tiene que ser desestimado, ya que la infracción que en el mismo se alega del artículo 1.253 del Código Civil consiste, según se lee en su desarrollo, en que «para establecer como acreditado en el apartado 'f' del segundo fundamento jurídico que el actor adeudaba a la demandada señora A, la cantidad de 2.330.000 pesetas, que ésta afirmaba haber entregado a su hijo-actor en metálico, lo hace por una inferencia o presunción, consistente en que si estaba acreditado que la señora A. había efectuado otros pagos a terceros por cuenta del actor, sería cierto también que entregó al actor las cantidades que recogía el documento obrante al folio 12» en que aparecen las entregas que totalizan dicha cantidad global. Pero es lo cierto que la sentencia no utiliza la prueba de presunciones y antes bien en el lugar que el motivo señala, con toda claridad establece que la entrega de esas cantidades que suman el cargo resulta de «la testifical de don José Ignacio (obranste al folio 265 vuelto, 276 vuelto, 280) al contestar a la pregunta 11.ª y repregunta», «suma que consta en el documento obrante al folio 12 que acompaña al escrito inicial, y que con anterioridad a la formulación de la demanda no fue impugnado»; por tanto, ese cargo no lo establece la Audiencia por vía presuntiva, sino por la prueba directa, testifical y documental.

El motivo segundo alega que los pactos de 8 de enero de 1974 sitúan no «ante una dación en pago sino ante un pago por cesión de bienes del artículo 1.175 del Código Civil cuya infracción denuncia al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Argumenta a favor de esa tesis que «si hubiera sido una dación en pago habría bastado con que la demandada consignara las deudas del actor que asumía y los créditos que contra él tuviera y expresara que para tal asunción y compensación recibía del actor sus participaciones en la sociedad». De tales consideraciones desprende la consecuencia «de que si el valor de los bienes excediera al de los créditos éste exceso sería para el deudor cedente, efecto querido y deseado por el actor»; pues (concluye) «aunque

quiera buscarse una correlación entre lo que es bueno y recomendable, y lo que es realmente querido y pactado, que es lo relevante a efectos de la justicia, existe una separación, y no puede la Sala concluir que por estimar justa y equitativa la oferta de liquidación de la demandada habida consideración de todos los elementos de juicio de que dispone debe imponerse al actor por la vía de la dación en pago aunque aparezca querido y pactado un pago por cesión de bienes correlativo a una asunción de deuda».

Este motivo debe desecharse pues hace supuesto de la cuestión, ya que por la remisión que hace la sentencia que se combate a los «fundamentos claros y ajustados a Derecho» de la del Juzgado (fundamento tercero, al final) apoya la desestimación de la demanda en «que la realidad de las cosas fue la siguiente: el actor, habiendo comprometido gravemente el patrimonio, llegó a un acuerdo con la demandada, que ya había entregado cantidades de dinero al mismo y que se iba a ver obligada a desembolsar más, consistente en la asunción de deudas del mismo y la correlativa dación en pago de los bienes que pertenecían al actor; y no se alegue otra versión por el actor, pues en autos queda justificado un punto que es de especial trascendencia para el caso que nos ocupa, cual es que la contraprestación económica que recibía el actor por sus participaciones era acorde con la que recibieron sus hermanos, y por otro lado que teniendo en cuenta la valoración de las fincas a la sazón, la cantidad que recibía el actor era equitativa; y ello se ve avalado igualmente por dos cuestiones complementarias, cuales son el silencio durante ocho años del actor, que no justifica ninguna reclamación en ese tiempo para la realización de cuentas a pesar de tener el documento base de dicha reclamación, aunque necesario es reconocer que la acción no ha prescrito, y en segundo lugar una cuestión que resulta totalmente injustificable, cual es el porqué el actor accedió a una venta, en unas condiciones que resultaban según él claramente lesivas para sus intereses».

Lo que en la instancia se ha declarado probado, pues, es que, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1.255 del Código Civil, el demandante cedió en firme a la demandada las participaciones de que era titular, sin otra contraprestación a cargo de la demandada sino las cantidades ya entregadas y las que luego satisfizo a los acreedores del actor y a que el justificante se refiere; supuesto distinto al del artículo 1.175 que contempla la *cessio bonorum* del deudor a sus acreedores y a que se refiere también el artículo 1.156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. DE A.

RESPONSABILIDAD CIVIL. LA CUANTIA DE LA INDEMNIZACION NO ES REVISABLE EN CASACION. (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE 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.—Como viene declarando con reiteración la doctrina de esta Sala al interpretar el alcance del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se denuncia error en la apreciación de las pruebas no es dable realizar un nuevo examen y valoración de las pruebas ya practicadas, convirtiendo el recurso extraordinario de casación en una nueva instancia, sino

que lo que el precepto pretende y exige es concretar el error denunciado invocando a la vez específicamente el documento que lo patentice y corrobore y sin que sea lícito al recurrente ampararse en otras probanzas que no sean las propiamente documentales (Sentencias de 23 de marzo y 15 de septiembre de 1985, 30 de abril de 1986, 23 de mayo y 15 de junio de 1987 y 10 de febrero, 7 de marzo y 10 de mayo últimos), ya que no cabe confundir la prueba documental propiamente dicha con las demás pruebas documentadas, debiendo incluirse en aquéllas tan sólo las comprendidas en los artículos 1.215 y siguientes del Código Civil y 568 y siguientes de la Ley de Enjuiciar del mismo orden.

En consecuencia, ni las alegaciones de las partes, ni los escritos forenses, ni las demás pruebas documentadas que no reúnen el carácter de documentos pueden ser tenidas en cuenta en este trance, como se pretende a través de la formulación del primero de los motivos del recurso, articulado por el cauce formal del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y menos aún pueden ser tenidos en cuenta los informes periciales cuando es doctrina reiterada que su valoración queda relegada al Tribunal de instancia, citados expresamente por el recurrente, así como certificaciones emitidas por distintos organismos.

Reiterando doctrina anterior, conviene recordar una vez más que el número 4.º del 1.692 de la Ley Procesal sólo es cauce adecuado para denunciar error de hecho en la valoración de las pruebas basado en documento que así lo evidencie y con la evidente constricción que supone la falta de contradicción con otros elementos probatorios, de tal modo que el antiguo error de hecho queda sustraído de ese ordinal para incardinarse en el siguiente.

En consecuencia, la denuncia de los artículos 1.243 del Código Civil y 632 de la Ley de Enjuiciamiento del mismo orden, por el cauce formal ya indicado, resultan totalmente inoperantes, amén de que, una vez más, los informes periciales están sometidos a la libre valoración de los Tribunales de instancia y sin que tengan acceso a la casación (sentencias de 15 y 17 de julio, 30 de noviembre y 11 y 17 de diciembre de 1987 y 14 de marzo y 26 de mayo último).

Finalmente, el tercero y último de los motivos, en que se denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil, en relación con el 1.092, resulta totalmente inoperante: primero, porque como se puntualiza en las sentencias de instancia, la reclamación se basa, única y exclusivamente, en una indemnización derivada *ex delicto* y cuya acción civil fue reservada en la jurisdicción penal para su ejercicio en ésta y, segundo, porque pretendiéndose tan sólo una revisión de la cuantía de la indemnización es aplicable la doctrina jurisprudencial que proclama la improcedencia de discutir el *quantum* en vía casacional.

R. DE A.

NEGOCIO FIDUCIARIO: NO EXISTE. INDEPENDENCIA JURIDICA DE VARIAS EMPRESAS. (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE 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.—Expuesta detalladamente la relación fáctica en la resolución recurrida, y aceptada íntegramente su enumeración por la parte recurrente, es obligado partir de la misma, en orden a la revisión del proceso inter-

pretativo que se denuncia en los tres motivos del recurso; censura casacional del proceso hermenéutico que la jurisprudencia de esta Sala permite efectuar, cuando puedan existir dudas sobre su plena certeza o cuando se entiendan violadas las reglas interpretativas contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil; y precisamente con apoyo jurisprudencial en la anterior doctrina, la parte recurrente utiliza en el motivo primero el cauce procesal del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para denunciar la infracción de la regla 1.ª, del artículo 1.281 antes citado. Coincide el recurrente con el Tribunal *a quo*, en que el único problema a resolver en la presente litis ha quedado reducido a la determinación de si las sociedades colectivas irregulares «Comercial V.» y «V. A.», o la primera a través de la segunda, tienen a su vez participación en «V., S. A.», concesionaria de la explotación de la marca de automóviles «Ford» para Irún y su zona; esta posible interrelación entre las sociedades la fundamenta la parte recurrente en el contenido del contrato fundacional privado de la sociedad «V. A.», en donde, al describirse los distintos objetos de la empresa, textualmente se especificaba bajo la letra c) «Explotación de la concesión 'Ford' para Irún», ésta literalidad de la estipulación se dice infringida en la resolución recurrida, al llegarse allí a conclusiones distintas. El precepto legal que se dice infringido parte del supuesto de que «si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará a su tenor literal», circunstancia que precisamente no concurre en el presente caso, en donde a través del obligado estudio de la totalidad del pacto contractual (art. 1.285 del Código Civil) se encuentran evidentes contradicciones referentes al punto que nos ocupa, ya que la literalidad que se aduce supone previamente haber aportado al acervo común la discutida «concesión», como ente patrimonial autónomo, y con evidente contenido económico, del mismo modo que se aportan y describen los bienes de que se compone la sociedad: «Terrenos, edificaciones e instalaciones de talleres y exposición donde radica la concesión de 'Ford' en Irún; locales e instalaciones de la antigua «Comercial V.», y «Talleres de B. E.», siendo voluntad de todas las partes sociales que la sociedad «se dedique a la explotación de las citadas entidades que componen la empresa, enumeradas anteriormente»; de ahí que, acudiendo al párrafo 2.º del comentado artículo 1.281, se llegue a la misma conclusión a la que llega la resolución recurrida, pues cuando no aparece aportado a una sociedad un bien concreto y determinado hay que entender que por la voluntad de los socios fue excluido (como ocurrió en este caso con los «Terrenos La Colina»), no teniendo la descripción de las actividades sociales otro alcance, que puede ir más allá de una simple manifestación de intenciones o de un margen de maniobrabilidad futura, en aquellos casos en que no se ha dotado previamente al ente colectivo de los medios indispensables para que pueda ejercer esa determinada actividad.

Por el mismo cauce procesal anteriormente empleado se alega en el motivo segundo la infracción del artículo 1.286 del Código Civil, prescindiendo la parte recurrente de la inatacabilidad de la relación fáctica contenida en la resolución impugnada, donde se dejó establecido: A) Que mediante escritura pública otorgada en Irún con fecha 17 de enero de 1979 se constituyó la entidad «V., S. A.», con un capital propio de los socios y desembolsado de 8.000.000 de pesetas; B) Que los socios fundadores fueron don Antonio, don Manuel y don José María V. M., los cuales participaron en la misma con un 72, 22 y 6 por 100 del capital respectivamente, ostentando los cargos de Presidente el primero, Secretario el segundo y Vocal el tercero; C) Que el objeto principal y casi único de tal sociedad fue la explotación de la concesión «Ford Española» en Irún y su zona, concesión

que le fue otorgada con fecha 1 de enero del mismo año, bajo las condiciones de especificar el nombre y participación social de los copartícipes, así como notificar anticipada y fehacientemente cualquier cambio en la propiedad o autoridad directiva; D) Aparece probado que el capital social desembolsado pertenecía al acervo privado de los tres socios, que lo obtuvieron mediante préstamos personales, y de ningún modo procedente de aportaciones del recurrente o de beneficios sociales, y E) No existe el menor atisbo de que esta persona jurídica haya transmitido su patrimonio, se haya fusionado con otra sociedad o que la realización de los negocios la efectúe de una forma fiduciaria, pertenciendo la titularidad real a otra persona o entidad; resultando al margen de todo proceso lógico querer deducir de las palabras destinadas a describir una de las varias actividades posibles de la entidad «V. A.», la existencia de ese oculto contrato de fiducia, que se aduce en el motivo, y que debería afectar a «V., S. A.», debiendo añadirse además la circunstancia posterior al contrato fundacional, acreditada mediante la prueba pericial practicada para mejor proveer, de la absoluta independencia existente entre las sociedades afectadas, así como la posibilidad de continuar funcionando de esta forma; deducciones y argumentaciones que provocan el rechazo del motivo.

En el tercer y último motivo la censura del proceso hermeneútico se pretende hacer a través de la denunciada infracción del artículo 1.253 del Código Civil, por cuanto la parte recurrente entiende que la Sala de instancia debió seguir un proceso presuntivo, aplicando el citado artículo 1.253, y mediante este medio probatorio liberarle de corroborar su alegación de que cierto dinero repartido entre los socios provenía de los beneficios obtenidos por la Compañía «V., S. A.»; olvidando el recurrente que su argumentación cae fuera del campo de la estricta interpretación contractual, y está incidiendo en una crítica a la apreciación y valoración de la prueba, que le está vedada en este recurso, por varias razones: A) Por ser una actividad de la exclusiva competencia del Tribunal *a quo*; B) Porque sólo puede efectuarse tal crítica a través del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal y con las condiciones allí señaladas, y C) Por haber admitido la relación fáctica en su totalidad, apareciendo en la sentencia impugnada establecido como probado, precisamente lo contrario de lo que se pretende revisar ahora; argumentos más que suficientes para que decaiga el motivo.

R. DE A.

DONACION MODAL. INCUMPLIMIENTO DEL MODO, REVERSION, CONVERSION DEL MODO, PRESCRIPCION DE ACCION REIVINDICATORIA SOBRE BIENES MUEBLES (SENTENCIA DE 26 DE MAYO 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 primer motivo del recurso, en el que al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia infracción de los artículos 138 y 142 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 533, 7.º, de la propia Ley procesal, debe ser desestimado porque si bien es verdad que en alguna ocasión la Sala sostuvo la disparidad entre el acto de conciliación y la falta de reclamación previa en vía gubernativa, afirmando al respecto que la segunda era un vicio insubsanable (Sentencias de 22 de marzo de 1963 y 26 de

abril de 1974), hoy día constituye doctrina jurisprudencial homogénea, que debe ser mantenida, la tesis de que una y otra institución (la reclamación previa en vía gubernativa y el acto conciliatorio) son equiparables dada la finalidad perseguida por ambas figuras, que no puede decirse alterada por el hecho de que en un caso intervenga la Administración Pública y no un particular. Y ello con base en que la intervención de la Administración en tales supuestos, y a los efectos de la trascendencia y significación de la reclamación previa, aquélla actúa, no con la potestad o imperio que le es característica, sino como persona jurídica privada, actuando en su virtud no un verdadero interés público sino privado, como pueda serlo el de cualquier particular, de lo que inevitablemente se deduce que el conflicto que se trata de evitar con el expediente es un puro conflicto de intereses privados, sin que la falta denunciada, subsanable en todo instante, pueda implicar la nulidad de lo actuado, por razones de economía procesal de toda índole y para evitar así las graves consecuencias que caso contrario podrían producirse con daño para una de las partes litigantes que ha acreditado en todo caso sus reiterados requerimientos a la demandada, hoy recurrente, Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, que, además, no es ente público susceptible de ser catalogado como perteneciente a la Administración Local, según resulta obviamente del criterio distributivo seguido para la exposición de las respectivas materias en el Título VIII de la Constitución (Organización Territorial del Estado), así como de la enumeración de entidades locales territoriales que efectúa el artículo 3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, además de que el artículo 12.1 de la Ley sobre Proceso Autonómico dispone que será de aplicación a la Administración de las Comunidades Autónomas y a los Organismos que de ellas dependan la legislación del Estado sobre procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de aquéllas.

El segundo motivo del recurso plantea y desarrolla la cuestión jurídica de fondo que en este litigio se discute, denunciando en el mismo la recurrente, con base procesal en el número 5 del artículo 1.692 la infracción de los artículos 1.114 y 647, 1.º, del Código Civil, sosteniendo la indebida aplicación por la Sala de instancia del artículo 1.114 del Código Civil y la improcedencia de la revocación conforme al artículo 647, 1.º, del mismo Cuerpo Legal aplicada por la propia Audiencia.

Frente a tales pretensiones resulta obligado tener presente, tal como recoge y recuerda la minuciosa sentencia recurrida, que en la cláusula 4.ª de la escritura pública de donación y constitución de Fundación Pública Provincial otorgada el 26 de septiembre de 1966 ante el Notario don Florencio Villanueva Echevarría por doña Anunciación Saridakis, nacida Marconi, y don Rafael Villalonga Blanes en su calidad de Presidente de la Diputación de Baleares —instrumento del que trae causa este proceso—, estipularon los comparecientes que: «los bienes donados se destinarán a perpetuidad a los fines que se indican en los estatutos de la Fundación..., constituyendo el cambio de destino o su no utilización por un período superior a seis meses consecutivos causa de reversión de dichos bienes, que pasarán de nuevo al patrimonio de la donante y si ésta hubiera fallecido al de sus herederos», disponiendo expresamente, además, el artículo 4.º de los mencionados Estatutos —obrantes asimismo en el propio instrumento notarial— que «el cambio de destino de los bienes producirá de derecho la revocación de la donación en los términos prevenidos en la escritura de donación, revertiendo los bienes a las personas que en aquélla se señalan» (folios 17 y 22, respectivamente). Previsiones ambas que, como acertadamente puntualiza la sentencia

recurrída, interpretadas en la literalidad de sus propios términos (art. 1.281 del Código Civil) y la una por la otra (art. 1.285 del propio Cuerpo legal) evidencian que la voluntad de los contratantes, ley rectora de la relación jurídica contractual en todo aquello que no se oponga a normas de Derecho necesario, la moral o el orden público, fue la de configurar el cambio de destino o la no utilización continuada de los bienes, no como presupuesto de un derecho potestativo a obtener la revocación, sino como evento determinante *per se* de la automática pérdida de eficacia sobrevenida del negocio, esto es, una auténtica condición resolutoria; configuración y efectos que han sido reiterados por la Jurisprudencia de esta Sala en sentencias relativas a supuestos de donaciones con carga modal del artículo 647 del Código Civil en los que el incumplimiento de aquel modo cualificado, carga o finalidad impuesta por el donante provoca —se ha dicho— «un juego semejante al previsto en el artículo 1.124 del Código Civil» (así, la reciente Sentencia de esta Sala de 11 de marzo de 1988.) También resulta obligado destacar en el caso de autos —tal como expresamente proclama la sentencia recurrida— que el móvil que guió a la donante y que la entidad donataria asumió el compromiso de satisfacer, fue el de crear, con los bienes donados, un museo de arte para provecho del pueblo de Baleares y no el que pudieran ser dedicados además a cualquier otra finalidad diferente, y de ello no puede quedar la menor duda en vista de que en la antes aludida escritura pública se afirma en el apartado III de su expositivo, con claridad absoluta y de manera inequívoca, que «la exponente doña Anunciación, juntamente con su difunto esposo don Juan D. Saridakis, concibieron la idea de favorecer a la provincia de Baleares, destinando su Casa-Palacio Marivent y terrenos circundantes... a la instalación de un museo de Arte y de adiestramiento artístico; en el apartado IV, que la excelentísima Diputación, en sesión celebrada el 25 de mayo de 1965, acordó aceptar el ofrecimiento de la señora Saridakis, «atendiendo a que los bienes de la donación propuesta son expresamente adecuados para cumplir con ellos la finalidad de la donante, concreta a fomentar los valores culturales de la provincia y a crear un servicio público provincial con expresada finalidad»; en la cláusula 3.ª de la parte dispositiva del instrumento notarial se manifiesta que «con los bienes donados..., y con el objeto de fomentar los valores culturales de esta provincia..., bajo la denominación de museo de Arte Saridakis se constituye una Fundación Pública Provincial...» y en la cláusula 4.ª, en fin, que «los bienes donados se destinarán a perpetuidad a los fines que se indican en los Estatutos de la Fundación, es decir, a la instalación de un museo de arte provincial y servicios culturales y de enseñanza y adiestramiento artístico complementario...» (folios 14 a 17).

Es hecho reconocido por las partes litigantes que desde hace varios años el público no pueden acceder a contemplar las colecciones de arte, mobiliario, libros y ajuar donados por la señora Marconi, viuda de Saridakis, existentes en la Casa-Palacio de Marivent debido a que, por constituir dicho inmueble la residencia de la Familia Real cuantas veces se desplaza a la isla de Mallorca, poderosas e inevitables razones de seguridad imponen el cierre permanente del museo al público. Tal realidad incontestable supone y significa que, por tales evidentes razones, aquellos bienes integrantes de la colección de arte no sirven al fin para el que originariamente fueron destinados, forzando así su incumplimiento modal que aparece sin embargo fuertemente modulado y matizado por dos circunstancias o datos que caracterizan de manera sustancial y determinante el presente supuesto: a) En primer lugar, en el artículo 4.º de los Estatutos se dice expresamente que «también podrá utilizarse el Palacio para residencia del Jefe del Esta-

do Español en las ocasiones en que visite la provincia» (folio 30). *b)* Si bien es cierto que el artículo 2.º de los propios Estatutos dispone que el museo se alojará en la finca Marivent, también lo es que el artículo 798 del Código Civil —relativo al modo testamentario pero extensible en su aplicación al supuesto de donación modal— permite que cuando la institución no pueda tener efecto en los mismos términos ordenados por el testador se cumpla en los más análogos y conformes a su voluntad. Pues bien, de la combinación de tales preceptos en la donación con carga modal cuyo estudio nos ocupa resulta que, dentro de las finalidades previstas en la repetida donación, el uso como residencia de la Familia Real del Palacio de Marivent ha pasado a ser el prevalente y determinante, generador al propio tiempo de una manifiesta y patente incompatibilidad con el cumplimiento de la segunda finalidad constitutiva de la carga o modo cualificado. De lo cual resulta que, transcurridos seis meses consecutivos sin que a aquellos bienes se les dé su destino propio, la repetida donación quedó resuelta naciendo el derecho a exigir del donatario la reversión de los objeto donados al patrimonio del actor, hoy recurrido, incluyéndose entre esos objetos —tal como la sentencia de la Audiencia puntualiza— «aquellos de inequívoco significado artístico que fueron relacionados durante las diligencias preliminares de exhibición de cosas muebles, pero que los inventarios anexos a la escritura pública de 26 de septiembre de 1966 no reseñan, toda vez que la misma Comunidad Autónoma admite paladinamente que estaban comprendidos dentro del negocio dispositivo...».

Todo lo anterior conduce a la desestimación de este segundo motivo del recurso, siendo procedente en consecuencia la devolución de los bienes u objetos reclamados por el actor, sin que ello afecte en absoluto al disfrute del Palacio por parte de la Familia Real, pues, además de no cuestionarse tal extremo por parte del demandante, hoy recurrido, tal aludida posibilidad no sería viable habida cuenta que el 6 de agosto de 1978 aquél otorgó escritura pública haciendo constar su inequívoca voluntad de renunciar «en su propio nombre y en el de sus herederos, mientras el Palacio de Marivent sea utilizado por el Jefe del Estado Español o su sucesor legal o herederos como residencia en las ocasiones que visiten la provincia de Baleares, al derecho de reversión que le concede la escritura de donación y creación de la Fundación» (folios 136 a 142).

Igual suerte desestimatoria merece el tercer motivo en el que, con fundamento procesal en el número 5 del artículo 1.692, se denuncia infracción del artículo 652 del Código Civil, subsidiariamente de los artículos 1.299 y 1.301 del propio Código y, en último término, del artículo 1.692, entendiendo la parte recurrente que la acción ejercitada por el actor se hallaba extinguida en el momento de formular la demanda. El perecimiento del presente motivo, que ha de juzgarse con el rigor y criterio restrictivo que impone la figura de la prescripción como institución asentada en consideraciones que no son de estricta justicia, resulta de los siguientes extremos concretos, resaltados en la instancia: *a)* El día inicial del cómputo o *dies a quo* no aparece fijado con la precisión que sería indispensable para poder afirmar de forma indubitada que el 28 de julio de 1980, fecha en la que se presentó la primera de las reclamaciones previas en vía gubernativa, el plazo de prescripción ya había corrido por entero, puesto que el evento condicionante se integra por dos elementos, cambio de destino y persistencia de ese cambio durante seis meses seguidos, y —como dice la Sala de Audiencia— «fuera de la manifestación vertida por el señor Herrmann en las cartas que envió el 23 de febrero de 1981 al Gobernador provincial y al Presidente del Consell General Interinsular (folio 151) y que no cabe refutar decisiva, no existe sobre tal extremo fáctico más prueba reveladora que el acta notarial levantada por el fedatario

don Raimundo Clar y que acredita el cierre del museo entre los días 10 de mayo y 8 de noviembre de 1974 (folios 233 y 234), pero no que antes del 28 de julio de ese mismo año la conducción estuviera ya cumplida». b) A la escritura pública otorgada por el demandante el 6 de abril de 1978 debe, en efecto, reconocérsele la eficacia propia de un hecho o acto interruptivo de la prescripción; y ello no sólo porque ha de entenderse que, conforme a las reglas del criterio humano, pueda presumirse que aquel negocio jurídico unilateral en que la referida renuncia consistió fuera fruto de conversaciones encaminadas a una solución pacífica del conflicto, sino fundamentalmente porque en la susodicha escritura el señor Herrmann, tras declarar que renunciaba al derecho de reversión respecto del Palacio de Marivent, manifestó expresamente que se reserva todos los derechos que pudieran corresponderle en relación con los bienes muebles objeto del presente litigio, lo que resulta incompatible con el presunto abandono del derecho por parte del titular que suele configurarse como fundamento subjetivo del instituto de la prescripción. Junto a tales datos ha de entenderse con la Audiencia que fue voluntad de las partes elevar el incumplimiento del destino señalado a supuesto de hecho productor *ipso iure* de la extinción de la relación, sin configurarlo como mero poder jurídico para obtener la revocación del artículo 647 del Código Civil, y siendo ello así (en similitud con la condición resolutoria que al operar con eficacia *ex tunc* destruye el título adquisitivo desde el inicio ocasionando la pérdida inmediata del dominio que hasta aquel instante ostentó el donatario sobre los bienes que había recibido por razón de ese título y con aquel destino), la acción que el heredero hace valer en esta litis a efectos de recuperar los bienes es la que compete al propietario no poseedor, esto es, la acción reivindicatoria que al versar sobre bienes muebles está sujeta al plazo prescriptorio de seis años que señala el artículo 1.962 del Código Civil y que no han transcurrido, de acuerdo con las consideraciones anteriormente indicadas.

R. DE A.

**RESPONSABILIDAD CIVIL. USO Y CIRCULACION DE VEHICULOS DE MOTOR.
CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA (SENTENCIA DE 27 DE MAYO 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.—Son dos los motivos de este recurso, ambos instaurados en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en los que se estima la infracción por parte de la Sentencia impugnada del artículo 1.902 del Código Civil y el 1.º del Decreto 632/1968, de 21 de marzo (texto refundido de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor), en el primero, y en el segundo la del artículo 1.214 del Código Civil.

Ninguna de dichas motivaciones puede prosperar, dado que en ambas se están manejando por la parte recurrente dos tipos o manifestaciones conceptuales de responsabilidad perfectamente determinadas: la denominada con técnica jurídica no adecuada «responsabilidad objetiva» o «por riesgo» en cuanto constituye una verdadera «obligación legal de indemnizar»; y la «extra-contractual» que regula el artículo 1.902 del Código Civil, aun cuando actualmente dicho precepto se venga interpretando con criterios no estrictamente culpabilísticos. Y

se están involucrando ambos conceptos, por cuanto se pretende montar la crítica a la Sentencia impugnada: a) Por un lado, con base en que si por virtud del artículo 1.902 del Código Civil y el 1.º del Decreto 632/1968, de 21 de marzo, «...a todo conductor de un vehículo de motor se le impone la obligación de reparar el daño causado con motivo de la circulación del mismo; éste únicamente sólo podrá desvirtuarse en el caso de que se pruebe la culpa exclusiva del perjudicado...»; b) por otro, con apoyo en que, según el artículo 1.214 del Código Civil, por el hecho de haber abonado la compañía de seguros demandada «el importe del título ejecutivo, sin necesidad de reclamación alguna por parte de nuestro representado, supone ello que en principio no existe culpa exclusiva de la víctima, y ello consecuentemente da lugar a que los demandados deban acreditar su prudente actuar...». Pues bien, ni el artículo 1.902 del Código Civil establece esa obligación de reparar el mal causado con motivo de la circulación, sino que ello sólo se impone cuando haya existido culpa probada por parte de quien lo produce, ni el hecho de haber abonado la citada compañía de seguros el importe de lo señalado en el Auto que constituye título ejecutivo en el procedimiento que regulan los artículos 17 y siguientes del texto refundido de la Ley 122/1962, de 29 de diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor, supone que no pueda oponerse la culpa exclusiva de la víctima en el declarativo correspondiente, cual aquí ha acontecido; y así se pone de relieve en la Sentencia impugnada, cuando en su segundo fundamento declara que «... un detenido análisis de los distintos elementos probatorios aportados por los litigantes, en particular la documental del croquis y diligencia de inspección ocular del atestado de la Guardia Civil de Tráfico...», ponen de relieve que «... el 'jeep' circulaba correctamente por su derecha, si bien, y por razones objetivas determinadas por un insuficiente trazado de la vía, aproximado al eje central, más sin sobrepasarle, en tanto que la motocicleta lo hacía con invasión del carril contrario teniendo, como tenía, por sus dimensiones, espacio suficientemente sobrado para hacerlo —por lógicas razones de previsión y prudente actuar circulatorio— por su derecha». Tales declaraciones de hechos probados, cuyas bases se encuentran en documentos incorporados a los autos, no han sido combatidas aquí por el único cauce que la casación autoriza, el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. DE A.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO. INCUMPLIMIENTO POR CULPA: NO EXISTE. CULPA DE LA PARTE QUE RECLAMA (SENTENCIA DE 26 DE MAYO 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.—Primero: Un orden lógico exige examinar el tercero de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata, formulado por la entidad recurrente, «T. N., S. A.», al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con preferencia a los primero y segundo, ambos formulados al amparo del número quinto de dicho artículo 1.692, pues que las pretendidas infracciones de los artículos 1.101 y 1.104 del Código Civil y jurisprudencia con ellos relacionada, en que los referidos motivos primero y segundo, respectivamente, se fundamentan, penden de si se dan o no los

errores en la apreciación de la prueba que se considera en el precitado motivo tercero.

Segundo: En cuanto al invocado motivo tercero, a medio del que la mencionada entidad recurrente «T. N., S.A.», trata de deducir error en la apreciación del informe pericial obrante en autos, por el que se reconoce el no estar perfectamente trincado el eje de cola del buque «Transvasconia», que determinó la producción de daños reclamados en la reconvencción formulada por la expresada entidad «T. N., S.A.», a causa de inundación por movimientos axiales de dicho buque como consecuencia de sucesivos desplazamientos efectuados en muelles, su inconsistencia y consiguiente desestimación surgen, aun prescindiendo del constante criterio jurisprudencial de que la prueba pericial no es eficaz para dar vida a casación por error en la apreciación de la prueba, de que la Sentencia recurrida en manera alguna desconoce o niega esas apreciaciones periciales, sino que, por el contrario, precisamente se basa en ellas, dándoles el alcance jurídico que establece para llegar a la solución que acoge, por lo que mal puede apreciarse el error pretendido por la citada recurrente, dado que solamente puede reconocerse cuando el órgano jurisdiccional ha establecido aspectos fácticos distintos a los alegados por quien recurre en casación.

Tercero: A igual solución desestimatoria es de llegar en lo referente a los motivos primero y segundo, pues bien se considere lo normado en el artículo 1.101 del Código Civil o lo prevenido en el artículo 1.104 del mismo Cuerpo legal sustantivo, y jurisprudencia con esos preceptos relacionada que la entidad recurrente cita, es lo cierto que sí, como reconoce la Sentencia recurrida y el propio recurrente admite como base fundamentadora de los expresados motivos primero y segundo, en ocasión de estar sometido a reparación el precitado buque «Transvasconia», a cargo de la entidad recurrida «Talleres P., S.A.», por causa de averías sufridas durante la navegación en sus motores, fue cambiado de lugar de atraque en muelles durante varias ocasiones, bajo el mando del capitán, cumpliendo órdenes de la Dirección del Puerto de la Bahía de Cádiz, con auxilio de remolcadores por no funcionar el sistema de automoción del navío a causa de la avería que sufría, sin que dicho capitán, conocedor de las obras que se estaban llevando a cabo por «Talleres P., S.A.», advirtiese a ésta, a medio de sus directivos o técnicos, ni tan siquiera al personal que trabajaba en tales obras, que no consta se hallaren a bordo durante las maniobras de cambio de muelle, de tal manera que esas maniobras de desplazamiento no fueron cursadas a «Talleres P., S.A.», sino al buque, unido a que, según también reconoce la resolución impugnada, el jefe de máquinas de «Transvasconia» se personó con frecuencia en la sala de máquinas, en donde la reparación se efectuaba, estando atento a las evoluciones del trabajo, claramente conduce, cual establece el Tribunal sentenciador de instancia tanto en sus fundamentos de derecho como en los que expresamente acepta de la dictada en fase procesal de primera instancia, que los daños causados al tan referido buque han sido debidos, en su causa eficiente originaria, no al hecho de que, en el curso de la realización de las reparaciones que realizaba «Talleres P., S.A.», el eje de cola no estaba suficientemente trincado, pues no revela que debiera estarlo, encontrándose dicho buque inmovilizado, sino por haber actuado el capitán desplazándolo de muelle sin poner previamente esta circunstancia en conocimiento de la tal aludida entidad encargada de la reparación «Talleres P., S.A.», para que procediese a trincar con más seguridad el mencionado eje de cola de ser preciso, cual parece ser lo era, en caso de poner en movimiento el citado buque a fines de cambiarlo de situación en muelle, generando con ello un aspecto de negligencia no en la referida

entidad reparadora, reconvénida, sí que en el capitán de dicho buque, al proceder de tal manera, que al no emanar de fuerza mayor, le atribuye responsabilidad, a tenor, a *sensu contrario*, de lo normado en el artículo 620 del Código de Comercio.

R. DE A.

PROMESA DE VENTA: INEFICACIA POR CAUSA DEL INCUMPLIMIENTO DE LA PARTE QUE SOLICITA SU FORMALIZACIÓN (SENTENCIA DE 13 DE MAYO 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.—Son antecedentes fácticos a resaltar en el presente recurso de casación los siguientes: *Que* como consecuencia de diversas relaciones crediticias existentes entre el matrimonio don José Manuel A. A. y doña Valentina H. D., y la «Caja Rural Provincial de Zamora, Sociedad Cooperativa de Crédito Limitada», el citado matrimonio, por escritura notarial de 24 de junio de 1983, otorgó adjudicación y entrega a la referida Caja de «todos y cada uno de los bienes muebles, semovientes, frutos e inmuebles» que se relacionaban en el exponiendo I de la misma, en pago de la deuda de 144.000.000 de pesetas y reconocida en el II; *que* las partes mencionadas convinieron el otorgamiento de una posterior escritura de venta de la totalidad de aquellos bienes, en favor del matrimonio por precio igual al de la suma antes expresada, cuyo pago quedaba aplazado para ser satisfecho en diez anualidades, con el incremento de los intereses estipulados, obligándose los esposos compradores, en garantía del pago, a constituir cada año aval bancario por el importe correspondiente a la siguiente anualidad, ascendiendo el de la primera a la cifra de 18.547.200 pesetas, así como a suscribir una póliza de seguro sobre la vida de todos los animales que formaban parte del objeto de la venta y a la reposición de los mismos, y *que* hasta el 19 de octubre de 1983, el matrimonio continuó en la posesión material y explotación de las fincas.

Con base en los datos relacionados, el repetido matrimonio promovió juicio de mayor cuantía contra la Caja en cuestión, en solicitud de los pedimentos que se exponen en síntesis: *a)* Que se otorgue la escritura de venta, con las condiciones estipuladas; *b)* que se abonen cuantos daños y perjuicios se han ocasionado por la demora en su otorgamiento; *c)* que se abonen todas las cantidades percibidas por la Caja por la venta de remolacha, leche y ganado de las fincas; *d)* que se le condene a reintegrar las abonadas indebidamente por los actores por peritajes y honorarios profesionales, incluidos en el precio de la adjudicación; *e)* que se abstenga de perturbar la legítima posesión de las fincas por los actores y de retirar cualquier producto o bien, con reintegro de las llaves de la oficina y bodega, y *f)* que se imponga el pago de las costas. El conocimiento de la demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zamora, ante el que compareció la entidad crediticia para interesar su desestimación, y una vez tramitado el procedimiento, aquél, en 20 de noviembre de 1984, dictó Sentencia desestimatoria de la demanda, con condena en costas a la parte actora, y apelada que fue, la Sala de lo Civil de la excelentísima Audiencia Territorial de Valladolid,

en 18 de septiembre de 1986, la revocó parcialmente, para condenar a la Caja Rural a abonar a los demandantes los gastos necesarios y útiles que, con anterioridad al 19 de octubre de 1983, hubiesen realizado en la finca para la producción de remolacha y leche recogida o aprovechada por aquélla, que se determinarán en ejecución de Sentencia, absolviendo a dicha entidad de los restantes pedimentos de la demanda y sin condena en costas en ninguna de las instancias, y esa resolución, a petición de la parte condenada, fue objeto de aclaración, por Auto del siguiente día 23, en el sentido de ser el 24 de junio de 1983 la fecha inicial del período de tiempo a que se refiere el pronunciamiento condenatorio, interponiéndose contra la segunda Sentencia recurso de casación por el cauce del artículo 1.692 del la Ley de Enjuiciamiento Civil y a través de cuatro motivos formulados a tenor de su número quinto.

Los tres primeros motivos del recurso se amparan en el ordinal indicado por estimarse infringidos, por inaplicación, los artículos 1.278 y 1.279, 1.451, y 1.089 y 1.093 del Código Civil, respectivamente, y ninguno de ellos puede prosperar por las razones siguientes: 1.^a El artículo 1.278 es un precepto que por su formulación general no es revisable por vía casacional, aparte de que las Sentencias de instancia no desconocieron la realidad del contrato verbal de promesa de venta convenido entre los litigantes, siendo lo acontecido que le negaron eficacia y virtualidad ante el incumplimiento por la parte actora-recurrente de las obligaciones prevenidas para su formalización; 2.^a la existencia de dicho incumplimiento representaba una circunstancia obstativa respecto al otorgamiento de la posterior escritura de venta de las fincas y bienes; 3.^a por lo dicho, no es dable argüir concurriere inaplicación de los artículos 1.279 y 1.451, y 4.^a los artículos 1.089 y 1.093 constituyen, igualmente, normas de carácter general sin posibilidad de control casacional, pero es que, además, el incumplimiento de las obligaciones de las que se hacía depender la escritura de venta, vedaba la oportunidad de reclamar daños y perjuicios por la demora en su otorgamiento, a no ser éste exigible, y sin que resulte admisible pretender, como se hace en el recurso, que en el concepto indemnizatorio se comprenda las «inversiones realizadas durante todo el tiempo que han estado en posesión de la finca», pues ello, tratase de una cuestión nueva no planteada con anterioridad y sin incluir en los pedimentos del suplico de la demanda.

El cuarto motivo, último formulado, se acoge, también, al ordinal quinto del ritualario 1.692, para denunciar la infracción, por aplicación indebida, del artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ahora bien, la sola circunstancia de encontrarse comprendido dentro de un título dedicado al «modo y forma en que han de dictarse las resoluciones judiciales», viene a determinar la inviabilidad de plano del motivo ya que su alegación tendría que haberse hecho por vía del ordinal tercero. Por otro lado, la petición de aclaración de la Sentencia no fue extemporánea en el tiempo, pues se notificó el 19 de septiembre, el 21 coincidió en domingo y en 22 se presentó el escrito, o sea, dentro del término de los dos días siguientes al de la notificación, de que habla el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aparte de que tal extremo hubiera resultado intrascendente a los fines del recurso, y en cuanto al tema de fondo, tanto dicho artículo, como el antes citado 363, permiten la aclaración de «algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contenga», que fue, precisamente, lo que se hizo en el Auto de 23 de septiembre, al señalar como fecha inicial del cómputo de los «gastos necesarios y útiles»; la de 24 de junio de 1983, correspondiente a la de la escritura de adjudicación y entrega de bienes a la Caja, toda vez que la fijación de esa fecha era consecuencia obligada de la argumentación desarrolla-

da en la Sentencia recurrida, por lo que no cabe apreciar en ello ninguna modificación sustancial del fallo, razones, en definitiva, que reafirman la inviabilidad del motivo.

R. DE A.

SEGURO CONTRA ROBO: PROPOSICION ACEPTADA POR LA ASEGURADA. PERFECCION DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE 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.—Al no haberse fundamentado ninguno de los motivos del presente recurso en el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es obligado, en este trámite extraordinario de casación, mantener íntegramente el elemento fáctico recogido en la Sentencia recurrida y en base al mismo efectuar el proceso interpretativo, de conformidad con las denunciadas infracciones legales que figuran en los correspondientes motivos. Así pues, en la resolución dictada por la Sala de instancia se recogen como hechos acreditados: A) La existencia de una solicitud de proposición de seguro contra robo, cursada por el demandante don Teodoro F. S. con fecha 3 de agosto de 1983, que cubría su establecimiento comercial hasta la suma de 7.000.000 de pesetas. B) La recepción de esa solicitud por la compañía aseguradora con fecha 11 siguiente, y su asiento en el libro de Registro de Emisión Pólizas y Suplementos con el número 26.704. C) La expedición del recibo de prima por importe de 19.425 pesetas y la entrega, por parte de don Teodoro F. al agente afecto a la compañía aseguradora don Julián S. B., de la suma de 20.000 pesetas, con fecha 13 de agosto de 1983. D) La existencia de dos siniestros de robo acaecidos en el establecimiento propiedad del demandante denominado «Video-Color Campoo», en las fechas de 18 de agosto y 20 de septiembre de 1983.

Los motivos primero y segundo del recurso se formulan al amparo del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley procesal, denunciándose en ellos la infracción del artículo 5.º de la Ley de Contrato de Seguro, y la doctrina jurisprudencial de los actos propios, planteándose realmente por el recurrente, en el desarrollo de los mismos, el problema denegado por la Sala de instancia, de la aceptación por «Lloyd Adriático España de Seguros» de la solicitud que cursó el recurrente con fecha 3 de agosto de 1983; hecho que resulta indubitado a partir del momento en que la aseguradora asienta en sus libros-registro la petición que se la ha formulado, otorga y numera la correspondiente póliza, y calcula el importe de la prima. La fecha a partir de la cual ha de producir efecto, y el plazo de duración; elementos que necesariamente suponen una respuesta a la inicial petición, y con ello la conjunción de voluntades que hace nacer a la vida jurídica el contrato de seguro, figurando escriturariamente en dichos libros y con la obligación posterior del asegurador, de entregar al tomador la correspondiente póliza o el documento provisional de cobertura, que señala el mencionado artículo 5.º de la Ley 50/1980. En esos mismos libros también figura inscrita una anulación posterior de la póliza efectuada unilateralmente por la aseguradora en fecha no determinada, y sin que consten ni los motivos que la originaron ni la notificación al tomador. Si partimos del supuesto que la compañía aseguradora no rechazó la solicitud del tomador, puesto que la aceptó inscribiéndola en su contabilidad, la

anulación posterior tuvo que fundarse, o en la inexactitud de las circunstancias declaradas por el asegurado, o bien en la falta de pago de la primera prima; respecto a la primera causa, no existe tal constancia en autos, ni se ha dado la declaración de que habla el artículo 10 de la Ley; y respecto a la segunda, tampoco concurre la culpa del tomador, exigida en el artículo 15, ya que de acuerdo con lo establecido en el correspondiente artículo 21, el asegurado depositó el importe de la primera prima (20.000 pesetas) en poder de un agente afecto al asegurador, y si el recibo, calculado y expedido al aceptarse la póliza, no llegó a poder del tomador, fue por la exclusiva culpa de la compañía aseguradora, hecho que impide la resolución del contrato, debiendo darse plena vigencia al mismo (Sentencias de 22 de noviembre de 1985, 23 de junio de 1986 y 28 de enero de 1988).

Estando perfeccionado el contrato, vigente la póliza del mismo y en poder de un agente de la compañía aseguradora el importe de la prima, resulta obligado reconocer que estaba cubierto el riesgo asegurado en el momento en que ocurrieron los siniestros que se reclaman y que, por tanto, es obligación de la compañía aseguradora indemnizar al tomador del seguro del importe tasado de los mismos; procediendo en consecuencia la estimación de los dos motivos conjuntamente examinados y sin que se haga necesario el estudio del tercero, también propuesto.

R. DE A.

CONTRATO DE OBRA. DEFECTOS DE LA CONSTRUCCION: LEGITIMACION DE LA INMOBILIARIA COMITENTE PARA DEMANDAR A LA CONSTRUCTORA, INCLUSO DESPUES DE VENDIDOS LOS LOCALES Y VIVIENDAS (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE 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.—En el único de los motivos del recurso, amparado en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia por el recurrente la infracción del artículo 1.212 del Código Civil y, en consecuencia, la falta de legitimación del ahora recurrido y en su día actor, la empresa inmobiliaria, para postular las obras de reparación del inmueble que la empresa recurrente construyó para aquélla por entender que, al haberse vendido locales y viviendas, son los adquirentes de éstas los únicos legitimados para postular la reclamación de que se trata.

Pero tal tesis resulta absolutamente improsperable y carente de todo fundamento si se tiene en cuenta el artículo 1.257, consagrador del principio general de que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgaron y sus herederos, de tal modo que los compradores de las viviendas y locales basan su título en un contrato de compraventa que las liga con la inmobiliaria, al paso que ésta viene ligada por un contrato de obra o de arrendamiento de obra o empresa con la actual recurrente, al postular su condena de reparación del inmueble construido, contratos de tan distinta y dispar naturaleza que no permiten la subrogación en los términos pretendidos y donde los adquirentes conservan su carácter de terceros con respecto a la entidad recurrente.

R. DE A.

VICIOS DE CONSENTIMIENTO. DOLO O MAQUINACION ENGAÑOSA EN CONTRATO DE COMPRAVENTA (SENTENCIA DE 18 DE JULIO 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.—Promovida por don Carlos Jerónimo L. A. y su esposa, doña Amparo A. J., ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Sevilla demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don Fernando J. G. y su esposa, doña Antonia M. D., con fecha 6 de noviembre de 1986 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla en la que, revocando en parte la dictada por el referido Juzgado el 25 de marzo de 1985, se estimaba también en parte la demanda, Sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de ley y en la que se sientan, entre otras, las siguientes conclusiones: A) Que si bien el Juzgado de Primera Instancia entiende que no resulta probado en los autos que como parte del precio los actores entregaron lo que hasta entonces había sido su vivienda, existían en autos elementos bastantes para entender que la entrega de esta vivienda forma parte de lo convenido y se entregó a los demandados como parte del precio que se habría de percibir; B) que cuando los demandantes, conocedores del deseo de los demandados de vender su chalé, visitaron el mismo, no pudieron apercibirse de los graves daños que aquél presentaba, porque los futuros vendedores, con el propósito de que ello pudiera pasar desapercibido a posibles compradores, habían ordenado la ejecución de obras de albañilería y pintura que encubrían las grietas y fisuras que la edificación presentaba, que tenían su origen en la especial naturaleza del suelo en el que la edificación se había construido, que daba lugar a grandes dispendios para mantener el chalé en condiciones de normalidad; C) que la conducta de los demandados tiene el carácter de dolosa en el sentido del artículo 1.269 del Código Civil, y como el Tribunal de Apelación llega a la conclusión de que los actores no hubieran celebrado el contrato de conocer las condiciones en que se encontraba y los grandes dispendios que conllevaba su normal conservación.

Fundado el recurso en once motivos, el primero que por razones de signo lógico ha de ser abordado es el décimo, en el que, al amparo del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la incongruencia de la resolución recurrida por defecto en el ejercicio de la jurisdicción, incongruencia que pretende la parte en que la resolución de la Audiencia dice establecer totalmente al recurso de apelación interpuesto por los actores y parcialmente el de los demandados, lo que se dice ser incoherente, motivo que deberá decaer tan pronto como examinado con atención el fallo de la Audiencia se aprecie que en el apartado segundo del mismo se revoca el pronunciamiento de la Sentencia apelada relativo a la resolución del contrato cuya nulidad, en cambio se declara, extermo éste en el que se acogen los pedimentos de los demandados, lo que explica la parcial estimación de su recurso de apelación.

Los motivos primero y tercero, al amparo, respectivamente, de los números quinto y cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con la alegación de infracción del artículo 1.218 del Código Civil en el primero, y de la existencia de su error de hecho en el tercero, pretende combatir la declaración fáctica que hace la resolución recurrida de que los actores entregaron a los demandados su vivienda en concepto de parte del precio, lo que lleva implícito

que se trata de una sola operación y no de dos, motivos que deben ser rechazados, pues ni cabe estimar que se haya privado de fuerza probatoria a la escritura pública de venta del chalé, a la que se concede el valor de un simple medio de prueba a valorar conjuntamente con los restantes, ni de los documentos a que se refiere el motivo tercero se desprende la existencia de dos contratos diferentes, conclusión, además, que aparecería contradicha por otros medios de prueba, imposibilitando, así, su eficacia demostrativa de un pretendido error en la apreciación de la prueba cometido por el Tribunal de instancia.

El segundo motivo alega infracción del artículo 1.124 del Código Civil, por entender que no se dan las condiciones para la resolución del contrato por incumplimiento del recurrido, sin tener en cuenta que la resolución que se recurre, no solamente no acuerda la resolución sino que la deniega expresamente, si bien existe la nulidad del mismo por dolo esencial, por lo que tampoco puede articularse este segundo motivo.

El cuarto, de nuevo al amparo del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba pericial, esta vez en cuanto a la declaración que hace la resolución recurrida de los defectos de construcción que presenta el chalé de los demandados y debe igualmente perecer porque la apreciación de la prueba pericial corresponde al juzgador de instancia, quien debe hacerla de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin que sus resultados puedan ser, en principio, combatidos en casación.

El motivo quinto alega infracción del artículo 506 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la indebida admisión y valoración del documento del folio 112, y debe ser desestimado porque su admisión solamente podría ser combatida por una vía diferente a la utilizada del número quinto del artículo 1.692, la del número tercero del mismo artículo que exige la existencia de una indefensión que ni se alega ni existe en este caso, y en cuanto a la valoración del mismo, que la Sala hizo, según expresamente aclara, en relación con los restantes medios de prueba, nada puede tampoco objetarse.

Finalmente, los motivos sexto, séptimo, octavo, noveno y undécimo pretenden todos ellos de consumo combatir, tanto la declaración fáctica de la existencia de un dolo civil por parte de los demandados, consistente en ocultar las grietas y fisuras del chalé, como la impecable conclusión que del mismo obtiene la Sala, la de que si tales vicios hubieran sido conocidos por los actores no hubieran consentido un contrato que por vicio esencial en el comportamiento debe ser declarado nulo y deben ser desechados en atención a las siguientes razones: 1.^a Que es doctrina de esta Sala que el dolo *claras* o *incontrahendo* determinante de la celebración del negocio jurídico cuyo elemento objetivo es un comportamiento engañoso informado por el *animus decipiendi* de lograr la declaración mediante el artificio utilizado lo hace consistir el artículo 1.269 del Código Civil, en términos de gran generalidad, en el empleo de palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes induciendo al otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho, concepto en el que caben toda suerte de astucias para conseguir el resultado falaz, Sentencias de 22 de marzo de 1924 y 28 de febrero de 1969, por lo que es manifiesto y entendido que aun no existiendo total coincidencia entre el fraude civil o dolo y la figura punible de la entrega, por fuerza ha de darse entre uno y otro una sustancial conformidad, como tiene declarado la Sentencia de 25 de octubre de 1928 y no debe de señalar la doctrina de los autores, amplitud de la noción que viene impuesta por los antecedentes históricos del *dolum malum* como toda astucia, falacia o maquinación empleada para suspender, ingeniar o defraudar a otro, que ha pasado a las Partidas como

«mal engaño que hacen algunos omes los unos a los otros por palabras mentirosas o encubiertas que dicen con intención de los engañar e de los recibir» (Sentencia de 3 de febrero de 1981). 2.^a Que en el supuesto que nos ocupa, y si partimos del hecho que la resolución reputa probado y que no ha sido eficazmente combatido, de que los demandados ordenaron la ejecución de obras de albañilería y pintura en su chalé, con el fin de que los futuros compradores no pudieran apercibirse de las grietas y fisuras que éste presentaba, así como de la conclusión, igualmente firme, de que los actores no hubieran concertado el contrato si hubieran conocido tales defectos constructivos, es obvio que nos encontramos con un dolo civil motivador de la nulidad del contrato, acordado, por la resolución de la Audiencia, por todo lo cual deben perecer estos últimos motivos, al no aparecer infringidas las normas que como tal se citan por los recurrentes.

R. DE A.

RESPONSABILIDAD CIVIL: DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD. JURISDICCION COMPETENTE. CAUSA DE LOS DAÑOS (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE 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 relación fáctica acreditada en la instancia, no impugnada en este recurso de casación, consiste esencialmente en que la recurrida, doña Josefa B. M., a la sazón de diecicocho años de edad, el día 31 de octubre de 1982 sufrió una caída de la bicicleta en que circulaba, causándose una doble fractura abierta en la extremidad inferior izquierda, de la tibia y peroné, y después de ser asistida por el médico titular de A. (Zamora), es internada a las diecinueve treinta horas en la Residencia Sanitaria de Zamora, como hija *sub potestate* de padre afiliado a la Seguridad Social. En la Residencia indicada se le quitan las grapas puestas por dicho médico, se limpia la herida, se le trata con antibióticos y suero antitetánico, y se extirpan tejidos blandos y piel, se realiza también sutura y reducción de fractura. Seguidamente se inmoviliza con escayola el miembro afectado y se interna a la lesionada en una habitación, donde en los sucesivos días es curada, y practicadas radiografías. El día 5 de noviembre presentó la paciente síntomas alarmantes con edema, necrosis y otros diagnosticándosele una gangrena gaseosa, lo que aconsejó su traslado urgente a la Residencia Sanitaria de La Paz, en Madrid, donde el mismo día le es amputada la pierna izquierda por el tercio medio del muslo, quedándole una invalidez permanente, que mediante la prótesis adecuada le permite su deambulación. La entidad demandada, Instituto Nacional de la Salud, fue absuelta en primera instancia, y condenada en la segunda al pago de una suma en concepto de indemnización de siete millones y medio de pesetas, y es esa entidad la actual recurrente en casación a base de los motivos que seguidamente se examinan.

Los motivos primero y segundo del recurso, no sin cierta confusión, vienen a alegar la incompetencia de jurisdicción. El primero «al amparo del artículo 1.692, ordinal quinto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y por incompetencia de jurisdicción, al amparo de los números primero y segundo del artículo 1.692 citado, por infracción del artículo 3.º, b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-

Administrativa de 27 de diciembre de 1956», que, se dice, ha sido violado. El segundo motivo aduce asimismo la infracción de ley y doctrina legal concordante, al amparo del artículo 1.692, ordinal quinto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por infracción del artículo 40, números 1 y 2, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado». Sostienen uniformemente ambos motivos que la jurisdicción competente para conocer de este asunto no es la civil, sino la jurisdicción contencioso-administrativa. Ambos motivos son desestimables por las siguientes razones: a) Es evidente que la actuación de la entidad pública recurrente en el caso debatido no tuvo lugar en virtud de sus facultades soberanas como parte de la Administración del Estado, sino como entidad privada que había de procurar la curación de un lesionado o enfermo, que fue llevado a los centros dependientes de la misma entidad con dicho fin. Es decir, se está en el supuesto ahora contemplado fuera de relaciones de Derecho público, sino más bien en el caso que prevé el artículo 41 de la mencionada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, cuando el Estado actúa en relaciones de Derecho privado, en cuyo caso responderá ante los Tribunales ordinarios directamente por los daños y perjuicios causados por sus funcionarios, autoridades o agentes, aunque se considere la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. Como declararon ya, últimamente, las Sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 1987 y 5 de mayo de 1988, la Administración actuó como empresario privado fuera de su actividad pública o de servicios públicos, causando unos daños por culpa o negligencia de sus funcionarios o empleados, lo que es tema de Derecho civil y lo mismo la reclamación de la correspondiente indemnización (Sentencias, entre otras, de 3 de marzo de 1973, 1 de julio de 1986 y las que en esta última se citan). b) Por otra parte, como declaró la Sentencia de 20 de febrero de 1981, es diferente la relación entre la Seguridad Social y el personal a su servicio, y la que existe entre la misma Seguridad Social y el beneficiario de sus diversas prestaciones, entre ellas las atenciones médico-sanitarias, siendo el paciente un particular que ve afectado sus bienes más personales y privados que pueden sufrir daños por culpa o negligencia o imprudencia de quienes le atienden, lo que genera una responsabilidad civil para cuya efectividad habrá de ejercitarse la acción de culpa extracontractual del artículo 1.902 y, en su caso, del artículo 1.903 del Código Civil. c) No se trata, pues, en el caso debatido de impugnar un acto administrativo ni de consecuencia alguna de conflicto laboral entre las partes, circunstancia que lo hubiera excluido de esta jurisdicción civil, según se deduce *a contrario sensu* del artículo 1.º de la Ley de Procedimiento Laboral de 13 de junio de 1980, ni tampoco de actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo, presupuesto básico para que conozca, incluso en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración, la jurisdicción contencioso-administrativa, según el artículo 1.º de su Ley Jurisdiccional. Por ello no resultan infringidos los artículos que se citan de la Ley de 27 de diciembre de 1956, ni el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, al ser aplicable, como se ha dicho, el artículo 41 de la misma Ley, sin perjuicio de que efectivamente el Instituto Nacional de la Salud sea Administración Pública, lo que no obsta a que tenga actividad en esferas puramente privadas, como la discutida. Decaen, por consiguiente, los motivos primero y segundo del recurso.

Los motivos tercero, cuarto y quinto afectan al fondo de la cuestión debatida, amparados en el número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se alega en ellos, respectivamente, la infracción del artículo 1.902, por aplicación indebida, del 1.903, párrafo cuarto, también por aplicación indebida,

y del mismo artículo 1.903 en su párrafo quinto, por interpretación errónea. Se dice que la recurrente no incurrió en negligencia al atender a la recurrida, que no actuó por medio de agente especial, como exige el artículo 1.903, párrafo quinto, del Código Civil, y que a la Administración del Estado no le es aplicable la responsabilidad para los demás empresarios que sanciona el dicho artículo 1.903, en su párrafo cuarto. Estos motivos merecen la misma suerte desestimatoria que los anteriormente examinados. Así, en efecto: a) En la Sentencia recurrida se da por probado, sin impugnación eficaz en este recurso, que el daño sufrido por la recurrida se debió a la actuación de los servicios sanitarios de la entidad demandada; que la existencia de gangrena gaseosa era una complicación si bien rara, pero posible y previsible en toda fractura abierta, sobre todo en heridas causadas en medios rurales. b) La actuación de los facultativos al servicio de la demandada y ahora recurrente no observó todas las precauciones precisas, ni se dio el tratamiento adecuado para prevenir el daño, ya que no fue total y absoluta la limpieza de la herida, o el tratamiento posterior, pues no se acredita que inmediatamente del tratamiento se hiciesen los análisis correspondientes, para comprobar la existencia de los gérmenes, sino después, cuando ya era tarde por haberse manifestado la infección por edema y necrosis, «lo que acredita la existencia de omisión de la diligencia» que el caso requería en el tratamiento médico de la recurrida. c) Hubo, por tanto, una conducta culposa evidente en los autores materiales del daño, una clara *culpa in operando*, suficiente por imponer al amparo del artículo 1.903, número cuarto, del Código Civil y constante jurisprudencia de esta Sala, la condigna responsabilidad civil por *culpa in vigilando* o *in eligendo* a la entidad, ya sea pública o ya sea privada, de quienes aquellos causantes materiales del daño dependían; relación de dependencia que no se ha discutido, sino dado por presupuesta y admitida a lo largo de toda esta litis. Sin que sea necesario estudiar en este caso, por darse una precisa responsabilidad culposa, si aquella responsabilidad pudo darse también por mero riesgo a cargo de la entidad recurrente. d) No fue aplicado por la Sentencia recurrida el artículo 1.903, párrafo quinto; de ahí que haya que rechazar la acusada infracción por interpretación errónea de dicho precepto legal; el cual, por otra parte, según es admitido por la generalidad de la doctrina, es norma anacrónica ante la vigente legislación que permite exigir responsabilidad al Estado y Corporaciones o Entidades públicas por toda lesión que sufran los particulares en sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Principio que se desarrolla, por ejemplo, en las Leyes de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (art. 121), en la Ley reguladora de las Bases de Administración Local de 2 de abril de 1985 (art. 54) y en la Constitución de 1976 (arts. 9-3 y 106-2), aparte de las ya citadas de la jurisdicción contencioso-administrativa y de régimen jurídico de la Administración del Estado. Todo lo que corrobora el rechazo de los motivos al principio de este fundamento señalados.

Por último, en el motivo sexto, al amparo también del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al amparo a la vez de los números 1 y 2 del mismo artículo 1.692, por incompetencia de jurisdicción e infracción del artículo 1.4, de la Ley de Procedimiento Laboral, de 16 de junio de 1980. Motivo articulado como subsidiario de los motivos primero y segundo, y que ha de ser desestimado por lo razonado en el fundamento de derecho segundo de esta Sentencia, que se da por reproducido; en definitiva, porque no se trata en el caso ahora discutido de conflicto laboral alguno propio de la rama social del Derecho, ni la situación del Instituto Nacional de la Salud en el mismo caso

implicaba actuación soberana de ninguna clase o en relaciones de Derecho público.

R. DE A.

RESOLUCION DEL CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO: OPERA POR VIRTUD DE DECLARACION UNILATERAL. EFICACIA PROBATORIA DE LOS DOCUMENTOS PRIVADOS FRENTE A TERCEROS (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO 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.—Por razones de técnica casacional y de orden lógico-jurídico, resulta imprescindible el estudio prioritario del motivo segundo del presente recurso, que viene formulado por el cauce procesal del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en el que se denuncia un error en la apreciación de la prueba, cuya base documental la constituye el requerimiento notarial de fecha 22 de enero de 1980; afirmando la parte recurrente «que se contrae este motivo a los razonamientos que se hacen en la Sentencia recurrida, sobre si fue o no eficaz en Derecho la resolución por conducto notarial, del contrato formalizado entre 'Construcciones C., S.A.', y mi presentado en 29 de septiembre de 1977, en el que se imponían obligaciones recíprocas ambas partes contratantes». Los antecedentes fácticos, no combatidos en este recurso, y por tanto inamovibles, vienen enumerados en el considerando primero de la resolución impugnada, y por lo que atañe a la cuestión que aquí estudiamos, conviene resaltar: A) Mediante el documento privado de fecha 29 de septiembre de 1977, el recurrente reconoce deber por diversos conceptos a «Construcciones C., S.A.», la cantidad de 9.131.726 pesetas, entre cuyos conceptos figura la suma de 5.950.000 pesetas, destinadas a efectuar unas obras de mejora en los 34 pisos que aquél tenía comprados a la constructora. B) Para el pago parcial de la suma total debida, el recurrente cede a la contraparte seis pisos, que había adquirido anteriormente y que tenía inscritos a su nombre, obligándose a otorgar la escritura de los mismos a favor de las personas a quienes designara «Construcciones C.». C) Esta empresa no realiza las obras de mejora convenidas contractualmente y valoradas en 5.950.000 pesetas, teniendo el recurrente que hacerlas a su costa, y por un importe justificado de 4.213.646 pesetas. D) A la vista del incumplimiento definitivo por parte de la empresa constructora, que frustra la finalidad del contrato de fecha 29 de septiembre de 1977, el recurrente notifica notarialmente a la misma, su voluntad de dar por resuelto el contrato que les vinculaba, hecho que se realiza mediante el acta de fecha 22 de enero de 1980.

La cuestión que en definitiva se plantea en este motivo es la de determinar si el contrato de fecha 29 de septiembre de 1977 quedó definitivamente resuelto a virtud de la declaración unilateral de voluntad contenida en el acta de fecha 22 de enero de 1980, no precisando, por tanto, para producir sus plenos efectos, de una declaración judicial previa; cuestión reiteradamente resuelta por abundante doctrina de esta Sala, la que prescindiendo de los antecedentes históricos, y de los distintos sistemas seguidos en el Derecho comparado, determina que la fa-

cultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento, no sólo en la vía judicial, sino mediante declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva —claro está— de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento, o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando en definitiva si la resolución ha estado bien hecha, o si ha de tenerse por indebidamente utilizada, lo que supone tanto como que la decisión judicial no produce la resolución contractual, sino que proclama simplemente la procedencia de la ya operada (Sentencias de 5 de junio de 1971, 22 de diciembre de 1977, 5 de noviembre de 1982, 8 de julio de 1983, 19 de noviembre de 1984 y 1 de junio de 1987, entre otras muchas). En el presente caso, el ejercicio del derecho a modificar la relación jurídica existente, mediante una declaración de voluntad unilateral y recepticia (acta de fecha 22 de enero de 1980), ha reunido todas las exigencias legales, pues se trataba de una obligación específicamente bilateral, cuya exigibilidad aparecía implícita en la misma, el reclamante había cumplido lo que le incumbía, y la voluntad incumplidora de la otra parte se había hecho patente y definitiva, dado su probada insolvencia; cuestiones fácticas resueltas por el Tribunal de instancia, que al no ser combatidas en el cauce procesal adecuado, han producido estado. Y todo ello sin que la declaración que, aquí se hace, pueda entenderse comprendida en el ámbito reconventional, frente al codemandado, pues la resolución del contrato que se acaba de proclamar procedente, es el antecedente básico e imprescindible para poder fundamentar o no, las pretensiones de condena pedidas por la parte actora frente al señor N. U., ya que los actores declaran que sus pretensiones traen causa de aquel contrato; además de que el demandado, presente en la litis, postula textualmente en el suplico del escrito de contestación, que se declare: «Desestimada la demanda adversa, y por tanto absueltos de todos los pedimentos los demandados... por las razones de fondo alegadas por esta mi parte»; entre las cuales figura en el apartado *b*), la declaración de que el contrato de fecha 29 de septiembre de 1977 fue resuelto a instancia del demandado señor N. U. por conducto notarial, el día 22 de enero de 1980.

Declarada bien hecha, y por tanto eficaz, la resolución del contrato que podría ser la base de las once peticiones que contiene el suplico de la demanda, se hace innecesario el estudio de los otros dos motivos del recurso, dirigidos a denunciar infracciones que devienen inoperantes, pues correctamente resuelto el contrato de fecha 29 de septiembre de 1977, la entrega a la entidad «Construcciones C., S.A.», de los seis pisos cuestionados quedó sin efecto, y esta sociedad no pudo transmitirlos a terceras personas, y todo ello sin poder tener en cuenta las fechas de los contratos privados de venta efectuados por la constructora a los actores, ya que tales documentos no reúnen los requisitos del artículo 1.227 del Código Civil en cuanto su afectación a terceros. En otro orden de cosas, no puede tampoco hacerse declaración alguna en orden a estas últimas relaciones contractuales, ya que lo veda el principio de congruencia, aplicado al contenido del suplico de la demanda, en el que no se pide declaración de condena alguna al respecto a «Construccione C., S.A.»

R. DE A.

PAGO DE LA OBLIGACION. EXTINCION DE LA OBLIGACION (PARCIAL) POR PAGO (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE 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.—En el primer motivo, formulado al amparo del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos que demuestran la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Se aduce por el recurrente que el error de hecho en la apreciación de las pruebas se padece en el fallo de la Sentencia al *considerar que todas las letras pagadas por «F., S.A.»*, con posterioridad al mes de noviembre de 1982 se corresponden a renovaciones de otras, libradas por operaciones distintas a las reclamadas. Sin embargo, no existe tal error, pues como acertadamente expresa la resolución recurrida, «tanto de la documental practicada por la actora en período probatorio, como de la *pericial llevada a cabo para mejor proveer* (folio 546), se desprende que los documentos números 10 al 24 de la contestación a la demanda corresponden a la renovación de efectos impagados por 'F., S.A.', y se hallan reflejados en la contabilidad de esta empresa. En la abundante documentación unida a autos se advierte con claridad que las quince cambiales mencionadas se giraron para renovar efectos o recibos vencidos e impagados, *cuya fecha de emisión era anterior a la de comienzo de las ventas que aquí se trata*». La Sentencia de primera instancia no afirma —como el recurrente pretende— que las repetidas cambiales correspondan a las operaciones que dieron lugar a la reclamación. Lo que dicha Sentencia explica es que «la reclamación que hace la actora, en un principio concretada al pago de mercancías suministradas a la demandada en el período comprendido entre el 4 de mayo y el 25 de octubre de 1982, la ha variado a lo largo de este juicio, viniendo a referir la suma exigida, no a los géneros servidos en ese período, sino al saldo resultante de toda la relación mercantil entre ellas existente, porque se ha dado cuenta de que, de persistir en la reclamación inicial... tenía que demostrar que las letras pagadas por «F., S.S.», con posterioridad al mes de noviembre de 1982 correspondían a otros suministros anteriores...»¹. Se impone, pues, la desestimación del primer motivo, ya que, como reiteradamente tiene declarado esta Sala, en los supuestos en los que se hace una apreciación conjunta de la prueba, no pueden valorarse separadamente los distintos medios para llegar a conclusiones distintas de las obtenidas por la apreciación conjunta.

En el correlativo del recurso, basado en el artículo 1.692-5.º de la Ley procesal se acusa «infracción, en la parte dispositiva de la Sentencia, por inaplicación del artículo 1.157 del Código Civil a las cuestiones objeto de debate, al *no haberse tenido en cuenta la extinción parcial por pago de parte de la obligación inicial expresada en la demanda*».

Procede la estimación de este motivo, pues como razona el recurrente la cantidad reclamada —7.111.652,99 pesetas—, es el resultado de restar al precio total de las mercancías servidas entre el 4 de mayo y el 25 de octubre de 1982 por un precio total de 10.317.785 pesetas, los pagos realizados por «F., S.A.», y que en cuantía de 3.206.132 pesetas redujeron la deuda a la cantidad que precisamente se reclama en el suplico de la demanda. Por tanto, probada y estimada en la Sentencia recurrida la devolución por parte de «F., S.A.», de mercancía por

valor de 5.304.233 pesetas y deducida tal cantidad de los 10.292.766 pesetas (que por simple error se consigna, siendo exactamente 10.317.785 pesetas), *por igual razón habrá de deducirse de dicha suma la que la actora pagó a cuenta de la misma y que por eso en la demanda se redujo a 7.111.652,99 pesetas. Es, pues, de esta última cantidad de la que habrá de restarse los 5.304.233 pesetas en concepto de mercancía devuelta.* Criterio lógico que la Sentencia de primera instancia expresaba diciendo que «de la suma total de suministros, 10.317.785 pesetas, reducida por pagos efectuados hasta el mes de noviembre de 1982, según reconoce la actora, a la cantidad reclamada de 7.111.652,99 pesetas, *habría de descontar igualmente esas devoluciones de material, importantes 5.304.333 pesetas, lo que dejaría reducida la suma presuntamente adeudada a la cantidad de 1.807.319.*». En consecuencia, no habiendo estimado la Sala los citados pagos parciales, incurre en violación, por no aplicación, del artículo 1.157 del Código Civil.

R. DE A.

COMPRAVENTA. PAGO DE PRECIO NO SUPEDITADO AL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA. INCUMPLIMIENTO DE LOS COMPRADORES. CARACTER DE LA FORMA EN EL DERECHO ESPAÑOL. SUBROGACION EN LA HIPOTECA: CONSECUENCIAS (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE 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.—Un orden lógico, a efecto de dar adecuada solución al recurso de casación de que se trata, exige examinar prioritariamente los motivos tercero y séptimo con relación a los primero, segundo, cuarto, quinto y sexto.

Procede estimar el motivo tercero en que se basa el referido recurso de casación, que los recurrentes don Antonio y doña Magdalena M. C., al amparo del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamentan en error en la apreciación de la prueba, con soporte en los documentos privados de 1 de diciembre de 1982 y 15 de enero de 1983, acompañados como documentos números 1 y 2 de la demanda, escritura de declaración de obra nueva del edificio de 26 de octubre de 1982, obrante al folio 340, escritura de distribución de hipoteca obrante al folio 318, solicitud realizada por el comprador a la empresa constructora para que se asignase a la vivienda una carga hipotecaria de 5.950.000 pesetas, obrante al folio 67 y acta de requerimiento notarial practicada el 20 de junio de 1983, pues que los dos primeros documentos, aunque no reportado a los autos el de fecha 1 de diciembre de 1982 después de practicada la liquidación de los correspondientes Derechos Reales sí admitido su contenido tanto en la demanda inicial, contestación a la misma, réplica y dúplica, revelan, con toda claridad, que el pago del precio asignado a la compraventa del piso en cuestión en manera alguna quedó supeditado al previo otorgamiento de escritura pública comprensiva de dicha compraventa, como lo pone de manifiesto, de una parte, que en tal documento privado de 1 de diciembre de 1982 se hubiese pactado expresamente que el referido pago de precio se realizaría en el plazo de quince días siguientes a partir de aquella fecha, con el consiguiente establecimiento del otorgamiento de la indicada escritura pública con independencia del pago del precio, al indicar que la misma se otorgaría a los

quince días de la que otorgase a favor de los vendedores la constructora, y, de otra parte, que en el también documento privado de 15 de enero de 1983 no se condiciona el pago del expresado precio al otorgamiento de escritura pública, sino que indica que el pago de las letras reseñadas en ese documento privado quedaría condicionado simplemente a que en el momento de su vencimiento la finca pudiese escriturarse, subrogándose el comprador en la hipoteca concedida a la promotora, cuyo evento se produjo, dado que las escrituras de declaración de obra nueva del edificio al que corresponde la vivienda vendida a que se contrae la controversia entablada, de 26 de octubre de 1982, obrante al folio 340 a 371 de los autos, y la distribución de hipoteca formalizada el 19 de abril de 1983, que obra a los folios 318 a 346 de los autos, demuestran que a partir de producirse esas circunstancias podía otorgarse la pretendida invocada escritura pública reflejadora de la mencionada compraventa, que no se otorgó precisamente por no haber accedido el comprador, ahora demandado y recurrido, don José Manuel G. D., a hacer la oportuna provisión de fondos al Notario, según consta en la referida acta de requerimiento notarial de 20 de junio de 1983, que figura a los folios 96 a 99 de los autos.

La acogida del citado motivo tercero hace innecesario el examen del séptimo, formulado por los relacionados recurrentes, al amparo del número quinto, del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por alegada infracción de los artículos 1.218, 1.226, 1.228 y 1.229 del Código Civil, y 597, 599 y 608 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haber sido planteado con carácter subsidiario del tercero.

Estimado el motivo tercero, conduce a la también estimación del primero, que, con amparo en el número quinto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se fundamenta en infracción de los artículos 1.091, 1.256, 1.258, 1.278, 1.281, 1.284 y 1.500 del Código Civil, porque al no venir supeditado el pago del precio al previo otorgamiento de escritura pública reflejadora de la compraventa constatada en el invocado documento privado de 1 de diciembre de 1982, complementado con el de fecha 15 de enero de 1983, claro es que cumplimentado por los vendedores, inicialmente demandantes y ahora recurrentes, don Antonio y doña Magdalena M. C., su obligación de entrega del piso y plaza de garaje objeto de la expresada compraventa, el pago del correspondiente precio viene impuesto a los compradores, inicialmente demandados y ahora recurridos, don José Manuel G. D. y doña Martina G. D., como consecuencia de la normativa de los referidos preceptos que sirven de fundamento al motivo que se examina, en cuanto imponen con fuerza de ley las obligaciones que nacen de los contratos entre las partes contratantes, debiendo cumplirse a su tenor (art. 1.091), no pudiendo quedar su cumplimiento al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1.256), produciéndose su obligación no sólo con relación a lo expresamente pactado, sino también con proyección a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley (art. 1.258), en cuanto en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado (art. 1.278) a tenor de sus términos (art. 1.281), con alcance al sentido más adecuado para que produzca efecto (art. 1.284), y en el supuesto de contrato de compraventa, que es el que se contempla en el presente caso, con obligación de pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo fijado en el contrato (art. 1.500).

Los razonamientos consignados en el precedente fundamento de derecho lleva asimismo a la procedencia del motivo segundo, que, con amparo en el número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se funda-

menta por los recurrentes don Antonio y doña Magdalena M. C. en infracción de los artículos 1.502, 1.280, primero, y 1.115 y 1.279 del Código Civil, toda vez que no condicionada la entrega del precio afectante a la compraventa en cuestión al previo otorgamiento de escritura pública que la refleje, unido a que tal formalidad no es una obligación del vendedor en la compraventa, no consta reconocido en la Sentencia recurrida que en la misma hayan sido perturbados los compradores demandados, ahora recurridos, don José Manuel G.D. y doña Martina G.D., ni que tuvieren temor fundado de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, impide que dichos compradores tengan facultad para suspender el pago del precio, habida cuenta que si ciertamente el número primero del artículo 1.280 del Código Civil previene la constancia en documento público de los contratos, cual el de compraventa, que tengan por objeto la creación de un derecho real sobre un bien inmueble, en modo alguno comparte la exigencia de una formalidad *ad solemnitatem*, sino tan sólo *ad probationem*, según tiene declarado esta Sala en Sentencia, corroborada de otras precedentes, de 3 de febrero de 1987, pues que, como pone de manifiesto la de 30 de mayo de 1987, en nuestro Derecho positivo rige como principio elemental y básico de toda contratación, el sistema espiritualista instaurado en el ordenamiento de Alcalá, hasta el extremo de que ninguna forma es exigida para la validez y efectividad de los contratos, salvo en casos muy concretos y especiales, que precisamente por ello están expresamente previstos por la Ley, entre los que no se encuentra la compraventa, determinando en consecuencia que si con apoyo en dicho número primero del artículo 1.280 el comprador puede compeler al vendedor para el otorgamiento de escritura pública, de acuerdo con el artículo 1.279 del Código Civil, lo que no puede hacer, con base en la falta de otorgamiento de ella, es dejar de pagar el precio, porque en tal caso esa circunstancia significaría establecer al deudor una condición, en cuanto al pago del precio de la invocada compraventa, que haría depender su efectividad de la exclusiva voluntad del deudor, lo que lo haría nulo en virtud de lo normado en el artículo 1.115 del Código Civil, y que, según ya viene dicho, el otorgamiento de la expresada escritura pública no fue condición para el pago del precio, sino que el contrato se consumó íntegramente con la entrega de la vivienda y garaje de que se trata, por lo que el precio es verdaderamente exigible; y más si se tiene en cuenta que, como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 13 de octubre de 1983, reiterado el criterio establecido en otras precedentes, no puede calificarse técnica y legalmente de condición el pacto contractual de elevación del convenio hecho en documento privado a escritura pública, requisito que la Ley pone en el ámbito de la voluntad contractual de la parte para exigírselo a la otra, pero no exigible como requisito de la perfección del contrato, sino de su consumación, lo que corroboran las Sentencias de 22 de octubre de 1984 y 14 de marzo de 1986, interpretando con carácter altamente restrictivo el derecho a suspender el pago del precio.

En lo que afecta a la negativa que contiene la Sentencia recurrida al derecho de los demandantes, ahora recurrentes, don Antonio y doña Magdalena M. C., a reintegrarse de los pagos realizados por cuenta de los deudores hipotecarios demandados, ahora recurridos, don José Manuel G.D. y doña Martina G.D., igualmente es de estimar el motivo cuarto, que se formula como los dos anteriormente examinados en el número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 1.158 del Código Civil, puesto que reconocido expresamente en el primero de los fundamentos de derecho de la Sentencia recurrida en casación que, según lo convenido, los compradores relacionados habían de subrogarse en la hipoteca que gravaba el piso objeto de

la compraventa de que se trata, conlleva la facultad de los vendedores a solicitar de aquéllos el reintegro de los pagos realizados por su cuenta a cargo de la indicada hipoteca, de conformidad con lo prevenido en dicho artículo 1.158, en cuanto no fue expresada voluntad contraria por los referidos compradores y les fue útil el pago al evitar actividades ejecutivas por causa de no llevarlo a cabo oportunamente, dado que, como proclama la Sentencia de 20 de enero de 1984, desde el momento que el tercero pagó nació el derecho al cobro contra los beneficiarios.

En lo que se refiere al motivo quinto, que también con amparo en el número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, formulan los recurrentes, con base en la pretendida infracción de los artículos 1.232 del Código Civil y 659 y 580 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la innecesariedad de su examen surge, aparte de tratarse de preceptos de libre apreciación judicial, de que el resultado de los medios de prueba de confesión judicial y testifical a que se contraen no harían, en todo caso, más que confirmar la negativa de acceder los compradores al otorgamiento de la escritura pública reconocido en el segundo de los fundamentos de derecho, *in fine*, de la presente resolución, examinando el tercero de los motivos en que los recurrentes fundamentan error producido por la Sala sentenciadora de instancia en la aplicación de la prueba.

En trance de pronunciarse sobre el motivo sexto, que los tan repetidos recurrentes, con relación a la reconvencción por ellos ejercitada en el juicio de que emana el presente recurso, formulan al amparo del tan invocado número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por alegada infracción del artículo 1.253 del Código Civil, su inconsistencia se produce por el hecho de que la apreciación hecha por la Sala sentenciadora de instancia de que la cantidad de 350.000 pesetas a que alcanza el importe de la letra de cambio de fecha 15 de septiembre de 1982, obrante al folio 161 de los autos, aceptada por don Antonio M. C., que resultó protestada por falta de pago, se corresponda con la igual cantidad de 350.000 pesetas entregadas por el mismo don Antonio M. C. en el Banco de Descuento el 26 de junio de 1982, para abono en su cuenta corriente, según consta en justificante obrante al folio 161 de los autos, y ante la inacreditación de que responda a causa distinta de la referida letra de cambio, no resulta ilógica, y no razonable o contrario a las reglas del buen criterio, que es esencial para destruir, con base en el artículo 1.253 del Código Civil, la conclusión judicial presuntiva, y por el contrario revela el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano a que se remite dicho precepto para generar presunción lógica o *ad homine* que el mismo admite.

En consecuencia, por acogida de los motivos primero, segundo, tercero y cuarto procede estimar en parte el recurso de casación de que se trata, ejercitado por don Antonio y doña Magdalena M. C., y en su virtud procede resolver conforme a derecho, cual previene el párrafo primero del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de estimar la demanda iniciadora del juicio en cuestión, formulada por dichos don Antonio y doña Magdalena M. C., contra don José Manuel G. D. y doña Martina G. D., por las razones expuestas en los considerandos primero a sexto de la Sentencia dictada el 26 de marzo de 1985 por el Magistrado-Juez de Primera Instancia número 3 de Burgos y su partido en fase procesal de primera instancia en el juicio en cuestión, en los términos expresados en el fallo de la indicada Sentencia, y a la estimación en parte de la reconvencción interpuesta por dichos demandados iniciales contra también iniciales demandantes, por las razones consignadas en los considerandos séptimo a noveno de la mencionada Sentencia de primera instancia y fundamentos de derecho segundo

y tercero de la pronunciada por la Sala de lo Civil de Burgos, el 5 de marzo de 1987, en fase de segunda instancia, en las actuaciones de que se trata, en los términos que con relación a la expresada reconversión se expresa en el fallo de tal Sentencia de segunda instancia y cuyos razonamientos en los referidos considerandos primero a sexto y séptimo a octavo y fundamentos de derecho segundo y tercero se dan por reproducidos al respecto.

En el aspecto de costas procede mantener el pronunciamiento que la misma contiene en orden a las fases procesales de primera y segunda instancia, con relación a la demandada inicial, puesto que si bien, conforme al párrafo primero del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de primera instancia se impondrán a la parte cuyas pretensiones hubiesen sido totalmente rechazadas, ello es en tanto no se aprecie concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición, que son apreciables en el presente caso, no solamente por el aspecto que el debate jurídico examinado plantea, si que también porque en la Sentencia dictada en primera instancia se precisó detallar concretamente módulos cuantitativos establecidos en abstracto en pretensiones contenidas en la súplica de la expresada demanda, y al producirse la estimación en parte de la reconvencción mencionada tampoco es de hacer especial declaración en lo que a los mismos se contrae, a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del precitado artículo 523, por lo que cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, al no apreciarse mala fe procesal; en cuanto a las costas de segunda instancia, al no haber sido confirmatoria o agravatoria de la Sentencia de primera instancia no es de hacer especial declaración con relación a ellas, conforme a lo prevenido, *a sensu contrario*, en el párrafo segundo del artículo 710 y párrafo tercero del artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y en lo que afecta a las costas del presente recurso de casación, al estimarse en parte, cada parte satisfará las suyas, a tenor de lo normado en el párrafo primero del número cuarto del mencionado artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

R. DE A.

FIANZA. AFIANZAMIENTO «EN INTERES PROPIO» DEL FIADOR: EFECTOS SOBRE LA EXTINCIÓN DE LA FIANZA. LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO (NO EXISTE) (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1988).

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

El Tribunal Supremo declaró si haber lugar al recurso.

Doctrina de la Sala.—El procedimiento del que dimana el presente recurso extraordinario fue iniciado por quienes en la póliza de préstamo y crédito con garantía personal, de hasta 12 millones de pesetas, figuran como fiadores con renuncia expresa a los beneficios de excusión, orden y división, es decir, con carácter solidario con los deudores principales, de fecha 5 de marzo de 1982 y como consecuencia de haber sido condenados en juicio ejecutivo número 984/1983, sustanciado en el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Valencia por Sentencia de 26 de junio de 1983, promovido por la entidad bancaria hoy recurrente, al pago del saldo deudor, intereses y costas, que alcanzan la cifra que hoy es objeto de la reclamación en este procedimiento declarativo, de donde dimana este recurso, no habiéndose formulado oposición en el proceso ejecutivo

por ninguno de los demandados, incluso los fiadores ahora demandantes y recurridos. En primera instancia fue rechazada la demanda, que fue, en recurso de apelación, estimada parcialmente pero íntegramente en lo esencial de la pretensión deducida contra la entidad mercantil referida que formalizó por ello el presente recurso de casación.

Ha de consignarse, por la trascendencia casacional que comporta en punto a la adecuación al ordenamiento jurídico de la Sentencia combatida, que no se ha hecho articulación por la vía del número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de ninguno de los motivos, por lo que obviamente las declaraciones fácticas contenidas en tal resolución judicial quedan incólumes y han de ser premisa obligada en la aplicación de dicho ordenamiento jurídico.

El primer motivo, al amparo del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial concerniente al litis consorcio pasivo necesario al no haberse demandado a los deudores principales, sino solamente al banco ejecutante del crédito concedido en la póliza de que se ha hecho mención, a cuyo fin invoca una serie de Sentencias de este Alto Tribunal. El motivo no puede prosperar porque la institución procesal del litis consorcio pasivo necesario al estar proyectada doctrinalmente con la finalidad de impedir que resulten afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en juicio o de evitar la posibilidad de sentencias contradictorias entre sí y con imposible ejecución (Sentencias de 24 de febrero y 27 de octubre de 1983, 20 de mayo de 1987 y 23 de febrero de 1988), es evidente que para que esos supuestos puedan producirse se precisa la existencia de una relación jurídica material de cualquier índole entre el demandante y quien se estima debió ser llamado al procedimiento, pero con la particularidad de que el resultado pueda afectarle de tal forma que incida en sus intereses particulares, pero no en cualquier circunstancia, es decir, cuando con pronunciamiento condenatorio o sin él, sus derechos no pueden ser condicionados por él mismo, como acontece en el presente caso, que por mandato de los artículos 1.839, 1.840, 1.841 y 1.842 del Código Civil se advierte en forma meridiana e incontestable que los derechos que pueda ostentar el deudor o deudores principales contra los fiadores solidarios quedan inmunes a las consecuencias del pronunciamiento contenido en la Sentencia aquí recurrida.

El motivo segundo por vía del ordinal quinto, del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de los artículos 1.251 y 1.252 del Código Civil, en relación con los artículos 1.464, 1.467 y 1.479 de la Ley procesal citada. El motivo enderezado a constatar que la demanda —y la Sentencia—, infringen el principio de respeto a la cosa juzgada y que la disposición del artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no juega cuando pudo y no se hizo oposición en el juicio ejecutivo de que trae causa el declarativo posteriormente promovido y en el que se alegan causas previstas en los preceptos ya invocados, artículos 1.464 y 1.467 de la Ley procesal citada, tampoco puede prosperar porque, a tenor de la doctrina de esta Sala, los supuestos de grave complejidad del tema de fondo de la controversia suscitada o el acaecimiento de un hecho posterior a la situación contemplada en el juicio ejecutivo, son materias que no cierran la posibilidad a la promoción del procedimiento declarativo que se contempla en el artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencia de 26 de mayo de 1988), y esto es lo que acaece en el presente caso, en que después de haberse efectuado un ingreso por los fiadores con ánimo consuntivo —*datio in solutum*—, y cancelatorio de la fianza, comunicado por carta al acreedor que la recibió al propio tiempo, es sustanciada demanda ejecutiva a instancia de este

último en reclamación de un saldo posterior de la cuenta de crédito abierta a virtud de la póliza de autos, cuyo saldo posterior deudor ha sido ocasionado por extracción o transferencia de la deudora principal con cargo a esa cuenta de crédito, cuyas circunstancias fácticas y consecuencias jurídicas no son susceptibles de ser opuestas en el juicio ejecutivo —dado el estrecho margen de tiempo de formalización de la oposición y menguado cauce de discusión que ofrece su normativa procesal—, por lo que en este caso concreto, como ya se dijo en la Sentencia de esta Sala, ya invocada, en 26 de mayo de 1988, ha de rendirse absoluta obediencia al artículo 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que haya lugar al cierre declarativo propio de la santidad de cosa juzgada.

El tercer motivo discurre por la vía del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y acusa la infracción de los artículos 1.281 y concordantes del Código Civil y jurisprudencia, cuyas Sentencias cita, sobre la interpretación de las cláusulas del contrato contenido en la póliza reseñada; para ello se hace énfasis en el motivo de la literalidad de la cláusula novena y de la cláusula adicional, en las que se dice que se constituyen los afianzamientos «mientras no quede totalmente solventada la operación» y que «los garantes manifiestan que el afianzamiento se presta en su propio interés y beneficio de los acreditados». Lo cierto es que, sobre todo la última cláusula adicional transcrita, confiere a la interpretación del contrato una singularidad, con vista del artículo 1.285 del Código Civil que no puede desconocerse, pues añade a las obligaciones características del fiador contraídas según los artículos 1.822, 1.844 y 1.831 del Código Civil, un interés propio de los fiadores en el crédito concedido que exige un especial acento en el examen de los hechos cuya historia circunstanciada no se ha verificado con la profundidad requerida en tan particular afianzamiento, y que proyecta sobre esta Sala esa facultad revisora del aspecto fáctico del problema planteado ahondando en la auténtica relación material que vincula a las partes (Sentencias de 2 de junio de 1981, 17 de febrero de 1982, 15 de julio de 1983, 4 de abril de 1984 y 26 de mayo de 1988), al objeto de poder conocer la esencia de la misma en pos de la perfilación de ese «interés propio» que desdibuja la silueta de la figura del fiador, pues con ello adquiere caracteres que son propios del deudor principal, lo que evidentemente ayuda en forma extraordinaria a la interpretación del negocio jurídico contemplado. En esta inteligencia, es evidente que por ese «interés propio» de los fiadores personales y habiéndose constituido como obligados solidarios con las deudoras principales «mientras no puede totalmente solventar la operación», no podían estos fiadores dar por finalizada tal obligación en forma unilateral aun satisfaciendo el saldo por principal e intereses el 23 de diciembre de 1982 y no obstante lo pactado en la cláusula cuarta de la póliza y lo dispuesto en el artículo 1.826 del Código Civil, pues por ese interés propio, tan dispar de la accesoriedad de este simple contrato de garantía, venían constreñidos los fiadores, también contractualmente, a mantener tal garantía personal hasta el término de la operación de crédito formalizada por la póliza de 5 de marzo de 1982, de donde igualmente se infiere que ese abono de 12.493.628 pesetas realizado el 23 de diciembre de 1982, con apunte contable del día siguiente y la transferencia realizada de 11 millones el mismo día 24, demuestran una persistencia y continuación de la operación de crédito que no puede verse desvirtuada con la coetánea comunicación de los fiadores dando por concluida su obligación de garantía, porque ello sería tanto como respaldar una actividad no guiada por la buena fe que es exigible no sólo en los negocios de comercio conforme al artículo 57 del Código Mercantil, sino en todos los actos con trascendencia jurídica a tenor del artículo 7.1 del Código Civil. Y

reafirman el valor de estas aseveraciones los datos elocuentísimos de que el propio fiador, señor C., tenía firma autorizada para realizar operaciones (véase folio 73), no sólo en la cuenta corriente de la Administración de Loterías número 1 de Manises de la que era titular su tía política, doña Nieves A. S., que era una de las beneficiarias del crédito personal documentado en la póliza de autos, sino de la propia cuenta corriente abierta a nombre de las señoras A. S. en virtud del crédito concedido en dicha póliza, lo que le inviste al señor C. de una personalidad que va más allá de su simple condición de fiador, sino muy aproximada a la del deudor principal, lo que da realce a la consignación en la cláusula adicional de haberse prestado el afianzamiento de la póliza «en su propio interés».

El cuarto motivo, por vía del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1.847, en relación con el artículo 1.156 y siguientes del Código Civil y doctrina jurisprudencial cuyas Sentencias cita. De lo expuesto en el fundamento jurídico anterior es evidente que si la operación no se pudo extinguir con el pago del saldo deudor y carta cancelando la fianza, puesto que al propio tiempo o inmediatamente después se hizo extracción de fondos con cargo a la cuenta de crédito afianzada, pero en interés propio, el ejercicio de las acciones que dimanarían del contrato de préstamo por la entidad bancaria que lo concedió, era correcto y la condena a la satisfacción del saldo deudor resultante al término contractual de la operación era igualmente correcta tanto respecto de las deudoras principales como de los fiadores que la avalaron en su propio interés.

Que al no haberse enjuiciado en la forma expresada en los dos fundamentos jurídicos precedentes por la Sentencia recurrida tanto la interpretación del contrato de préstamo personal con fianza de este orden pero singularísima, como tampoco el ordenamiento jurídico aplicable al supuesto que se nos ofrece, ha de ser casada la Sentencia de la Sala *a quo*, con confirmación de los pronunciamientos de la Sentencia de primera instancia, con condena en costas en el primer grado del procedimiento (art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y sin hacer expresa condena de costas en el segundo grado en atención a las circunstancias de excepcional complejidad jurídica del tema debatido (art. 710.2 de la misma Ley), y sin hacer expresa imposición de las costas de casación (art. 1.715.4).

R. DE A.

CONTRATO SIMULADO. CARGA DE LA PRUEBA. JUEGO DE DETERMINADAS PRESUNCIONES (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO 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 declara no haber lugar a la acción de nulidad, por simulación, planteada por el actor, del contrato contenido en escritura pública de fecha 24 de marzo de 1975, celebrado entre el apoderado del actor (demandado), como vendedor y la también demandada, compradora, madre del apoderado, referido a una casa de una sola planta, con semisótano y terreno anexo, de 20 áreas de extensión, que se vende por el precio confesado de 200.000 pesetas. Se practicó una prueba pericial que, en el año 1985, valora el solar en la cantidad de 6.000.000 de pesetas y lo edificado en 6.928.390 pesetas

(total finca, 12.928.390 pesetas). El fundamento esencial del rechazo de la demanda consiste en la afirmación de que el actor no ha aprobado la existencia de indicios reveladores de que la apariencia no corresponde a la realidad.

El motivo primero del recurso planteado por el actor se apoya en el artículo 1.692-5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 1.214 del Código Civil. La Sentencia acoge la argumentación de la dictada en primera instancia que concluye que el actor no ha probado que no se pagara, en su día, el precio convenido y robustece su conclusión en el hecho de que no prosperase, anteriormente, la oposición del hoy actor, a la acción ejercitada por la demandada, basada en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, ni una querella del propio demandante contra los hoy demandados, por estafa. Por tanto, la cuestión planteada en torno a la aplicación del artículo 1.214 citado, que regula la carga de la prueba, se refiere, en este caso, a asegurar las consecuencias de la falta de prueba directa sobre el hecho del pago o impago del precio. El actor afirma un hecho negativo (no hubo pago) y los demandados afirman un hecho positivo (hubo pago). Así planteada la cuestión, debe recordarse la abundante doctrina jurisprudencial sobre la carga de la prueba, en orden a quien tiene que sufrir las consecuencias de no haber agotado su derecho a probar, en cuanto afirma que no se trata de la aplicación de unos principios inflexibles, sino que dependen de la naturaleza del debate, la disponibilidad y la realidad de la prueba (Sentencias de esta Sala de fecha 23 de noviembre de 1986, 24 de abril de 1987, 29 de mayo de 1987, entre otras). En este caso, el actor prueba que no hubo entrega de precio de presente, puesto que el precio fue confesado por su apoderado, mientras que el demandado-apoderado dice que el precio responde a varias entregas anteriores y la demandada-compradora, su madre, dice que las anteriores entregas, hasta una cantidad de unos 3.000.000 de pesetas respondían a préstamos que había hecho al actor para el desenvolvimiento de su negocio. Ni sobre tales entregas, ni sobre tales préstamos, existe prueba alguna, cuya disponibilidad, lógicamente, correspondía a los demandados. En estas circunstancias, la falta de prueba sobre entrega del precio, por plazos convenidos o por préstamos y ulterior liquidación, debe sufrirla la demandada, por lo que se debe concluir que no hubo pago del precio correspondiente a una compraventa corriente o resultante de la liquidación de unos créditos contra el actor.

La falta de prueba directa da paso a la prueba de presunciones sobre la que se apoya el segundo motivo, con el mismo amparo procesal, por infracción del artículo 1.253 del Código Civil, ya que las presunciones son, en cierto modo, un complemento de las reglas sobre la carga de la prueba, bien sean legales, bien de hecho. En este caso, como hechos indiscutidos constan: 1.º Relación de confianza, familiar, entre todos los litigantes (apoderado-vendedor, yerno del actor, hijo de la compradora). 2.º Desproporción entre el valor de lo vendido (12.928.390 pesetas en el año 1985) y el precio establecido en el contrato (200.000 pesetas). 3.º Precio confesado. 4.º Continuación en la posesión, por parte del vendedor desde la fecha de la compraventa (1975), sin oposición de la adquirente hasta que en fecha 10 de octubre de 1978 entabló demanda basada en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria. De toda esta base de hecho, indiscutida, debe deducirse, de modo racional, que no existió tal compraventa, aplicando la doctrina legal de esta Sala, sobre el valor de las presunciones y apreciación de la simulación (Sentencias de fecha 11 de febrero de 1986, 28 de febrero de 1987, 5 de febrero de 1987, 25 de mayo de 1987 y 13 de octubre de 1987, entre otras). Por tanto, deben estimarse los dos motivos del recurso, declarando la nulidad de la compraventa, como negocio simulado, con todas sus consecuencias de reconoci-

miento del dominio del actor, sin que se haya alegado, a lo largo del proceso, la existencia de otro encubierto cuya validez se pueda, dentro del mismo, sostener.

R. DE A.

DERECHO DE PROPIEDAD. DISTANCIAS Y OBRAS INTERMEDIAS PARA Ciertas PLANTACIONES Y CONSTRUCCIONES. FILTRACIONES DE AGUAS RESIDUALES. CONTRADICCION CON EL FALLO (EXISTE) (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE 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 acción ejercitada en su día por el hoy recurrente tenía por objeto reparar, por vía pecunaria indemnizatoria y constriñendo por obligación de hacer, los daños y perjuicios sufridos por el mismo en una finca de su propiedad denominada «El Convento de los Padres Franciscanos» con fachada a la carretera comarcal CC-510 de Salamanca a Alba de Tormes en el término municipal de Santa Marta de Tormes, a consecuencia de las filtraciones de aguas residuales procedentes del embalse artificial existente en sus inmediaciones en terrenos pertenecientes a la entidad demandada y recurrida, y construido por ésta para la decantación de los vertidos líquidos de la fábrica azucarera allí ubicada.

El primer motivo al amparo del ordinal cuarto 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa el error en la apreciación de la prueba por la Sentencia recurrida ya que ha omitido, según el recurrente, el contenido de la documentación obrante a los folios 77 a 105 que procedentes de diversos organismos públicos ponen de manifiesto que el embalse de decantación se ha realizado en oposición a los mandatos de los órganos administrativos pertinentes y asimismo tal embalse o fosa séptica abierta está contraviniendo los mandatos del Real Decreto de 25 de agosto de 1978 aprobando el Reglamento de Gestión Urbanística; del Real Decreto de 23 de junio de 1979 que aprueba el Reglamento de disciplina para el desarrollo de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, así como los artículos 4, 11, 16 y 17 del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas. El motivo no puede prosperar porque, con confusión, globaliza los documentos como instrumento objetivo de probanza de la ilicitud de la construcción de las balsas de decantación y la normativa reglamentaria prohibitiva de su construcción en punto, fundamentalmente, a la distancia con la propiedad ajena, lo que puede acarrear indefensión en el recurrido, pero es que además la ilicitud administrativa en la ejecución del embalse ha de ser objeto de su ataque en dicha vía y su posterior y eventual revisión en la contencioso-administrativa conforme al artículo 235 de la Ley Especial de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (texto refundido aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril), y en cuanto a la distancia, que se dice próxima a la tapia de la finca del recurrente, no hay términos objetivos hábiles para la pretensión casacional del motivo que pudiera haberlo sido a tenor del artículo 236 de dicha Ley, dado que no se ha concretado en la Sentencia recurrida, como tampoco en el motivo, cuál sea la distancia específica existente en la realidad entre el embalse y la finca del recurrente por lo que la aplicación subsiguiente de la normativa adecuada, que se postula en el segundo motivo —como después se

dirá— queda sin soporte físico, como ahora en el análisis de este primer motivo queda sin posible contraste la atribuida apreciación errónea de la Sentencia en este particular. Dicha resolución de segundo grado, con visión más real y posibilista, lo que afirma con contundencia es su deficiente construcción, omitiéndose las medidas técnicas adecuadas para evitar filtraciones, dato objetivo, no contradicho, que es el fundamento de su pronunciamiento en orden «a la abstención en lo sucesivo de verter sus aguas residuales en las fosas de decantación contiguas a los terrenos del demandante y a que proceda a su inmediato desecado y limpieza, todo ello hasta que quede suficientemente asegurado que las mencionadas fosas reúnen las condiciones de impermeabilidad y demás necesarias para evitar las filtraciones hacia dichos terrenos». En definitiva, que el motivo no puede prosperar porque en punto al rellenado de la balsa que es la pretensión finalista del motivo, tenía que partir de la constatación exacta de distancia de la finca del actor, que no consta declarada en la Sentencia ni se indica siquiera en el motivo, por lo que se carece de los datos, necesarios casacionalmente, para enjuiciar el supuesto error que se postula en ese particular.

El segundo motivo, por vía del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 590 del Código Civil por inaplicación, en relación con los artículos 348 y 349 del mismo texto legal y artículos 4, 11, 16 y 17 del Reglamento de 30 de noviembre de 1961, invocado también en el motivo anterior, que igualmente fracasa por cuanto aun sin cita expresa en la Sentencia de las normas sustantivas que se dicen violadas por inaplicación en el motivo, lo cierto es que la adopción de las medidas de desecado y limpieza para que queden suficientemente aseguradas las condiciones de impermeabilidad y demás necesarias para evitar filtraciones hacia los terrenos del actor, comporta necesariamente la obediencia de la Sala *a quo* a dichos preceptos habida cuenta de los hechos perjudiciales comprobados y declarados en la Sentencia recurrida según se ordena en el primer párrafo *in fine* y segundo párrafo del artículo 590 del Código sustantivo ya citado, no siendo pertinente lo concerniente al rellenado de la fosa, puesto que dada su gran extensión y no habiéndose indicado en el motivo primero la distancia exacta entre la propiedad del actor y la balsa y careciendo de declaración de la Sentencia al respecto, no pudo en buena hermenéutica aplicarse la normativa reglamentaria aludida en relación con el contenido inicial del primer párrafo del artículo 590 del Código Civil.

El cuarto motivo que por razones de metodología procesal se examina prioritariamente al tercero con el que tiene una relación causalista, descansa en el número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia contradicción en el fallo, con infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en atención a que reconociéndose la existencia de contaminación en las aguas del pozo de la finca del actor por las filtraciones nocivas de la balsa de la finca de la demandada y concediendo incluso una indemnización por tal consecuencia, no se concibe la negativa de la Sentencia a conceder la obligación de hacer, consistente en la realización por la hoy recurrida de las labores de limpieza necesarias para restablecer las aguas del pozo a su prístino estado. En realidad la Sentencia deniega esta pretensión de la demanda fundada en que no se ha acreditado que las aguas fueran potables y en la falta de uso de esas aguas para consumo humano o animal, pero ello no puede ser obstáculo, obviamente, para que las aguas que han sido arteramente contaminadas, deban ser recuperadas en su estado de pureza natural, sean o no potables, y se consuman o no de hecho por el personal de la finca y los ganados del actor; razón ésta que pone de manifiesto esa contradicción denunciada que implica el éxito del motivo y casa-

ción parcial de la Sentencia, dado que el tercer motivo por el cauce del ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con denuncia de infracción de los artículos 348 y 349 del Código Civil, en relación con el artículo 24-1.º de la Constitución, ha de prosperar automáticamente al haber sido estimado el motivo cuarto.

R. DE A.