

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

REGIMEN DE LAS OBLIGACIONES CIVILES DERIVADAS DE DELITO O FALTA. EJERCICIO DE ACCIONES CIVILES EN EL PROCESO PENAL: EFECTO CONSUNTIVO. PRUEBA PERICIAL: VALOR DE LA PRACTICADA EN CAUSA PENAL ANTERIOR. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES PARA JUZGAR DE LAS ACCIONES CIVILES «EX DELICTO». INCONGRUENCIA: NO EXISTE. RESERVA DE ACCIONES QUE SE HACE EN SENTENCIA: ALCANCE (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1985).

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

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

Doctrina de la Sala.—El presente recurso, que articula ocho motivos, ha de examinarse a partir del último, en el cual y por el cauce del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, pues, en efecto, la eventual estimación de motivo de ese contenido conduce a mandar reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta, según así lo previene el número 2.º del artículo 1.715, pronunciando éste que impediría el ulterior examen de todos los otros motivos.

Que este motivo se fundamenta en la invocación de todo el complejo preceptual que, en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, se destina a la regulación de la prueba pericial, ya que se dejan invocados los artículos 1.242 y 1.243 de aquél y los 610 a 632 de ésta, con excepción de los 620 a 625, que se refieren a la tacha de los peritos; y la sustancia de lo alegado no es otra sino señalar que la prueba pericial a que se hace referencia en el tercer considerando de la sentencia del Juzgado, que se acepta, da por reproducido e incorpora a la sentencia de la Audiencia por el décimo de sus propios considerandos, apellida prueba pericial a la

que aparece a los folios 185 al 235 y 308 al 333 de las actuaciones del juicio de que el presente recurso dimana, que (argumenta) no es tal prueba pericial, sino testimonio de la pericia practicada en el sumario del Juzgado de Instrucción correspondiente a la causa penal en que antecederentemente se ventilaron los mismos hechos que ahora se traen a nuevo examen.

Que a este motivo del recurso debe responderse que le asiste la razón cuando argumenta que el testimonio de las actuaciones sumariales no constituye prueba pericial siquiera se refiera a la de esa clase practicada en dicha fase de la causa penal, pues, según reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias de 15 de enero de 1982, citada por el recurso, y por la de 31 de octubre de 1983, entre otras) ha de practicarse ajustándose a lo dispuesto en los artículos 610 a 613 y 626 a 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ofreciéndose a la parte opuesta a la que la propone la posibilidad de ampliarla a otros extremos de su interés, designándose a los peritos por acuerdo de las partes o por la suerte, pudiendo concurrir ambas partes al acto del reconocimiento pericial y hacer en el mismo a los peritos las observaciones que estimen oportunas y solicitar en el acto de la declaración o ratificación, a través del Juez, explicaciones para el esclarecimiento de los hechos; y nada de ello es viable si la intervención de los peritos tuvo lugar, con anterioridad al juicio civil, dentro de la fase sumarial de la causa penal antecedente; pero todo esto firme, así como que la apreciación crítica de la prueba de esta clase (a la que, por lo demás, no quedan sujetos los Tribunales en términos que les obliguen a sujetarse al dictamen de los peritos) haya de tomar en consideración la observancia del régimen procesal que le es propio, con todo no puede alcanzarse el efecto pretendido de casar y anular la sentencia para que dentro del juicio se proceda a la práctica de prueba pericial atendida a ese régimen procesal; estando el Juzgado y la Audiencia facultados para alcanzar su convicción sobre el tema objeto de la misma, o sea, el valor de las acciones sociales, ya a través de un inexistente dictamen pericial, ya como lo han hecho con la base suministrada por el testimonio de las actuaciones sumariales en conjunción con las otras probanzas, que es lo que en particular el Juzgado ha realizado según se comprueba justamente dentro de ese mismo considerando tercero, en que dice enjuicia la cuestión de fondo planteada en el escrito de demanda «después de examinar y valorar en su conjunto todas las pruebas practicadas en este juicio», luego de lo cual se refiere más concretamente a la que llama prueba pericial de los folios indicados.

Que, a continuación, ha de examinarse el motivo 7.º, que, por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia el exceso en el ejercicio de la jurisdicción en que, en su tesis, se ha incurrido por el Juzgado y la Audiencia al pronunciarse sobre una acción civil nacida de hechos constitutivos de un delito, con lo cual (a su juicio) se infringe el artículo 1.092 del Código Civil. Motivo que debe perecer, ya que no es cierto que este orden jurisdiccional civil carezca de competencia para conocer de las acciones civiles que nazcan de los delitos y faltas, y antes bien, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en su artículo 112, permite que el dañado o perjudicado, en ejercicio de su poder de disposición sobre la acción de esa naturaleza, la renuncie o la reserve (lo que habrá, en su caso, de efectuar «expresamente») para «ejercitarla después de terminado el juicio criminal si a ello hubiere lugar»; de suerte que la prioridad de

la jurisdicción represiva, de la que son muestra, entre otros, los artículos 362 y 514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 114 de la de Enjuiciamiento Criminal, 4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y número dos del artículo 10 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, condensada en el principio *le penal tient le civil en état*, no comporta sino que los hechos presuntamente constitutivos de delito o falta (infracción penal en general) ha de sujetarse a los órganos jurisdiccionales de ese orden para que una vez depurados establezcan su carácter penal o descarten tal conceptualización, conociendo por conexión fuera de que exista la expresa reserva antes recordada, también de las acciones civiles *ex delicto* (incluso después de la reforma operada en el Código Penal por la Ley 8/1983, de 25 de junio, añadiendo un nuevo párrafo al artículo 20 de dicho Cuerpo legal, cuando dicten sentencia absolutoria por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención de los números 1.º, 2.º, 3.º, 7.º y 10 del artículo 8, en que procederán a declarar las responsabilidades correspondientes, de acuerdo con las reglas que para cada caso se establecen), siempre que las acciones civiles hayan sido ejercitadas conjuntamente con las penales; pero todo esto firme, tanto en los casos de expresa reserva de la acción civil, a que se deja hecha repetida referencia, como en otros en que pudiera pensarse, así los de amnistía y muerte del reo, siempre son los Tribunales civiles los llamados a juzgar de las acciones civiles *ex delicto* como de las de esa naturaleza nacidas de otra fuente cualquiera de las que enuncia el artículo 1.089 del Código Civil, pues, al cabo, la competencia para conocer de esas acciones los órganos jurisdiccionales penales se obtiene por éstos merced a una prórroga por vía de conexión a la causa penal originada por razones de patente economía procesal y efectiva tutela de los derechos e intereses de las víctimas, para lograr la cual se legitima activamente por sustitución al Ministerio fiscal, habilitado incluso para acciones civiles derivadas del contrato de seguro de responsabilidad civil, según la más reciente jurisprudencia; revertiendo las acciones civiles, una vez cesada esa razón práctica para la conexión, a su esfera competencial propia, siguiéndose de lo razonado que no pueda predicarse en el caso exceso atribuible a este orden jurisdiccional civil, habida cuenta de su ámbito competencial objetivo, a tenor del artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y números 1.º y 2.º del artículo 9 de la del Poder Judicial.

Que a continuación procede examinar los motivos que acusan la incongruencia del fallo, o sea, los motivos 4.º y 5.º, acogidos a los números 5.º y 3.º, respectivamente, del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los cuales, con cita del artículo 359 de la misma, en relación con el 24 de la Constitución, se denuncia ese defecto.

Que el vicio de incongruencia en sus diversas clases ha de reconducirse, luego de la reforma de la casación de 1984, al número 3.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sustituye a los antiguos números 2.º, 3.º y 4.º, cuyos supuestos se cobijan actualmente en la expresión «infracción de las normas reguladoras de la sentencia», que tiene sede en el nuevo y vigente número 3.º, por lo cual debe tacharse al motivo 5.º del presente recurso de haber errado en la elección del cauce idóneo para formular la tacha a que se refiere, lo cual, sin embargo, no será obstáculo para que se examine y enjuicie.

Que deben desestimarse estos dos motivos por incongruencia, pues si se atiende a su contenido, se comprueba que, al amparo de los ordina-

les 3.º y 5.º, proponen una cuestión, la de la identificación de la acción ejercitada en el juicio con la nacida de los hechos constitutivos del delito sancionado, que nada tiene que ver con la exigencia de que las sentencias hayan de ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos que hayan sido objeto del debate, en lo que la congruencia consiste, planteándose, en rigor, la distinta cuestión de si la acción ejercitada quedó juzgada en el fallo de la sentencia penal o se halla desplazada a la reserva que en la misma se contiene y a la que se acoge la parte demandante, cuestión que es tema de otros motivos del recurso, por lo cual deben ser desestimados estos dos que ahora se enjuician, sin perjuicio de la suerte que merezca la misma cuestión adecuadamente propuesta en los demás.

Que siguiendo el orden lógico, seguidamente han de ser examinados los motivos 2.º y 3.º, que, por el cauce del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, proponen errores en la apreciación de la prueba documental, citándose en el segundo el testimonio de las dos sentencias recaídas en la antecedente causa penal, la emanada de la Audiencia Provincial, 9 de junio de 1978, y la recaída en el recurso de casación ante la Sala II de este Tribunal Supremo, 4 de marzo de 1980, y en el tercero de los motivos el testimonio del sumario de dicha causa penal atinente al informe pericial allí practicado y del cual se extrae la cifra expresiva del patrimonio social y correlativamente del valor de cada acción de la Sociedad Anónima ocasionante de la estafa. Motivos estos dos que deben claudicar porque el juzgador de la instancia no incurre en error alguno de la clase de los de hecho al tener presente los términos, por nadie cuestionados, de las dos sentencias circunstanciadas; no siendo reconducible a ese número la cuestión que propiamente se plantea en estos motivos de si en las repetidas sentencias se juzgó la misma acción ejercitada en el juicio de que el presente recurso dimana, por lo cual haya de ser estimada aquí y ahora la excepción de cosa juzgada; de suerte que, sin perjuicio de la suerte que merezca esta cuestión adecuadamente planteada, deben desestimarse estos dos motivos que la someten a la censura de la casación por cauce manifiestamente erróneo.

Que para el adecuado examen de los restantes motivos, 1.º y 6.º, ambos por el cauce del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ocurre anteponer al mismo las siguientes puntualizaciones: A) Según el relato histórico de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid el día 9 de junio de 1978, confirmada, sin otra modificación que la que luego se dirá, por la Sala II de este Tribunal Supremo, en la suya (segunda sentencia) de 4 de marzo de 1980, los aquí litigantes formaban parte de la Sociedad Anónima denominada D., que constituida en 26 de marzo de 1968 con un capital social de diez millones de pesetas, representado por acciones de 50.000 pesetas nominales, estaba integrada en diciembre de 1970, además de por los expresados, titulares de 82 acciones el demandante y 40 el demandado, por Fernando P. C. (8), Segundo-Cesidio M. R. (20) y la también Sociedad Anónima I. (las 50 restantes); en cuyo momento, M., insistiendo en proyectos de venta de la Sociedad (al parecer, existían varias Sociedades eventuales compradoras), «en fecha no concretada de 1970, y probablemente en 21 de diciembre, se reunió en Madrid con Aurelio D. G., Fernando P. C. y Segundo M. R., y con

Benjamín E. P., que había sido titular de una acción y ejercido funciones de Vicepresidente, y después de gestiones rápidas y sin acuerdo cerca de un representante de O., Sociedad Anónima, se reunieron todos como a las once de la noche en una cafetería sita en la zona de Serrano, y una vez en ella Santiago M., que se había resistido a las gestiones de venta realizadas anteriormente, mantuvo que resultaba conveniente que le firmaran los vendís en blanco para que pudiera vender todas las acciones de los presentes a G., Sociedad Anónima, que pagaría más de los 180 millones de pesetas (que, al parecer, ofertaba O.), dándose la circunstancia de que con esta Sociedad había hecho él, directamente, las gestiones. Y como consecuencia de dichas manifestaciones obtuvo M. que le firmaran en blanco y entregaran los señores D. G., P. y M. cada uno de ellos un vendí en blanco, si bien el señor M. posteriormente estando en las oficinas de la Sociedad rompió el vendí que había firmado en blanco, pues sospechó anormalidades en la operación»; como consecuencia de ello (sigue diciendo el relato), M. quedó en circunstancias que le permitían vender acciones de D. y de P., lo que efectuó el día 22 de diciembre de aquel mismo año 1970, mediante las siguientes operaciones: 1.ª Operación registrada bajo asiento (del Agente de Cambio y Bolsa que las intervino) 8.284 del registro de dicho Agente en la expresada fecha de 22 de diciembre de 1970, por la cual Santiago M. G. compra 81 acciones de D. de 50.000 pesetas nominales cada una (por tanto, de 4.050.000 pesetas nominales en total), de las que figuraba desembolsado el 25 por 100, figurando como vendedor don Aurelio D. G. por vendí número 154.454, por el precio que se decía convenido de 2.500 pesetas por acción, que dan un total de 202.500 pesetas efectivas, incrementadas por impuestos y pagos a 204.256,25 pesetas. 2.ª Operación registrada bajo el número 8.226 de dicho Agente, efectuada en la misma fecha de 22 de diciembre de 1970, por la cual Santiago M. G. compraba nueve acciones de D., Sociedad Anónima, de 50.000 pesetas cada una, valor nominal totalmente desembolsado (siendo el total de 450.000 pesetas), siendo vendedores don Aurelio D. G. de una de las acciones (la adquirida por éste al señor E. P.) y don Fernando P. C. de las otras ocho; los números de los respectivos vendís eran el 159.454 (coincidente con el del mismo vendedor, señor D. G.) y el 303.437, correspondiente al firmado por el señor P. C.; todo por precio convenido, según se decía, del 20 por 100, que hacía un total de 90.000 pesetas más 850 por impuestos y gastos»; narrando la sentencia que el día 27 de diciembre de 1971, el demandado realizó tres ventas de acciones de D., siendo compradores de 32 de las mismas cada uno de sus suegros y dos cuñados, de que se hace mención. Estos hechos se califican en la sentencia de estafa, definida y sancionada en los artículos 528, número 1, por la cuantía de la cantidad defraudada, y 529, números 5 y 6, ya que por engaño se obtuvieron firmas en blanco y abusando de éstas se compró en nombre propio y no para la Sociedad, que era lo convenido cuando se firmó en blanco. Siendo las cantidades defraudadas (siempre según la sentencia) «las que por el expresado abuso (dice el primero de sus considerandos) quedaron en situación defraudatoria por las operaciones de 22 de diciembre de 1970», o sea, «por lo que hace al señor D. G., el importe es de 50.000 pesetas por una acción, que está en el mismo caso que las anteriores (totalmente desembolsado su capital), y, por otro lado, por el valor de sus bienes aportados, teniendo presente, en relación a sus otras 81 acciones, el 25 por 100 desembolsado, que equivale al 25 por 100 de 4.050.000

pesetas, que son 1.812.500 pesetas. Todo sin perjuicio de lo que se expresa respecto a responsabilidades civiles». Añadiendo la sentencia en el cuarto de sus considerandos y en tema de responsabilidades civiles correspondientes al apreciado delito de estafa, «que en este juicio penal se define el delito con sus consecuencias civiles directas, pero en este caso no se da competencia para enjuiciar las operaciones ulteriores a la comisión del delito consumado el 22 de diciembre de 1970 y realizadas por el culpable con otras personas, Sociedades privadas, Entidades públicas, operaciones o pactos que ocasionaron bien perjuicios, bien beneficios de los que se privó, en su caso, a los defraudados, pero no pueden ser determinados en este juicio oral y sentencia». En el fallo se condena al aquí demandado, como autor responsable del delito de estafa, a la penalidad correspondiente y a indemnizar con 1.012.500 pesetas al aquí demandante, Aurelio D. G. Recurrida en casación la dicha sentencia, la Sala II de este Tribunal Supremo se pronunció sobre el punto de las responsabilidades civiles, desestimando el cuarto de los motivos de fondo del allí formalizado por el aquí demandado (que pretendía reducirla —en referencia al aquí demandante— a la cifra de 400.000 pesetas) y estimó en parte el primero de los motivos del aquí demandante, que pretendía la elevación de la cuantía defraudada a 180.000.000 de pesetas o más, en vez de lo que representa el valor nominal de las acciones de que indebidamente dispuso el procesado, según entendió prudentemente (dice) el Tribunal de Instancia; tesis inaceptable, que no encuentra apoyo (razona) en los hechos probados, toda vez que dichas superiores valoraciones no son reconocidas en ellos como reales y ciertas, sino indicadas meramente como favorables expectativas por el procesado M. en su designio de animar a sus consocios a extenderle en blanco los vendís que apetecía, lo que conduce inexorablemente al fracaso del motivo; si bien (añade), con base en él, habrá de aumentarse forzosamente la cifra indemnizatoria acordada en favor de este recurrente, en la cantidad de 50.000 pesetas, importe de una acción más, a él perteneciente, y de la que se prescinde por olvido en la parte dispositiva de la sentencia impugnada, aunque no en su *factum* y fundamentación, y que por ello, y en tal aspecto, procede decretar la casación de la resolución combatida, a fin de restablecer el equilibrio patrimonial vulnerado por las fraudulentas maniobras del condenado. Consecuentemente, resuelve «haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por el acusador particular, don Aurelio D. G., por estimación parcial del primer motivo, contra sentencia pronunciada por la Audiencia de Madrid el día 9 de junio de 1978, cuya sentencia casamos y anulamos (dice) con declaración de las costas de oficio y devolución del depósito constituido». B) Como ya se deja incidentalmente expresado, el aquí demandante, Aurelio D. G., actuó en la causa penal constituido en parte como acusador particular y actor penal y civil, solicitando indemnización de los daños y perjuicios producidos por el delito de estafa en cuantía (la indemnización) de 66.498.146 pesetas (que es la que expresa el tercero de los resultandos de la sentencia de la Audiencia: «En vía civil pidió que los procesados (además de M., el Agente de Cambio J. R. Ruiz-Gómez y Segundo-Cesidio M. R.) solidariamente abonaran a su patrocinado Aurelio D. G., 66.498.146 pesetas», dice el Procurador; solicitud que, al parecer, elevó en algún otro momento del juicio a los 180 millones de pesetas a que se refiere la Sala II del Tribunal Supremo; recayendo a la petición de indemnización el fallo de la segunda sentencia subsiguiente

a la parcial estimación del motivo del acusador particular y que es, luego de confirmar «en todas sus partes la sentencia recurrida», «el único aditamento de señalar como indemnización de perjuicios a percibir por Aurelio D. G. la cantidad de 1.062.500 pesetas». C) Que en la sentencia de la Audiencia de 9 de junio de 1978, al pronunciamiento condenatorio a la indemnización luego rectificadora, como se ha dicho, por la segunda sentencia del Tribunal Supremo, se añade: «Sin menoscabo de los derechos de estos dos perjudicados (D. y P.) para exigir beneficios o abono de perjuicios por las operaciones posteriores al delito, incluso con intervención de otras personas, Sociedades o Entidades». D) En la demanda origen del juicio de que el presente recurso dimana, se expresa que el objeto del mismo será la «determinación de daños y perjuicios producidos como consecuencia de actos realizados de carácter penal sobre los que ya ha sido condenado (el demandado), y en cuyo procedimiento se reservan a esta parte las acciones civiles correspondientes»; viniendo (tras narrar los antecedentes de la causa penal) a concretarlo en «solicitar el pago del valor de nuestras acciones que tenían al momento de producirse el despojo de las mismas a su propietario» («hecho» XIX); insistiéndose (en el XXI) en «que se trata de una demanda solicitando el pago de daños y perjuicios producidos como consecuencia de un acto ilícito», y en «que según resulta de repetido estudio e informe (se refiere al informe pericial existente en el sumario de la causa penal), el valor de cada acción era de 810.953 pesetas, y siendo propiedad del hoy demandante las 82 acciones de la Sociedad D., Sociedad Anónima, consistentes en las números 1 a 81, ambas inclusive, y la número 192, es claro que el importe total del valor que debe ser indemnizado es de pesetas 66.498.146, puesto que nuestra pretensión se concreta a reclamar única y exclusivamente el valor de las acciones al momento de producirse el delito». Explicitando en los «fundamentos» de Derecho, que (cuarto) «se trata, por ende, de un acto ilícito penal ya sancionado y que en la actualidad afecta al orden general de Derecho...», un perjuicio que en su aspecto penal ya ha sido sancionado, pero en el orden civil ha de ser determinado y cuantificado como las mismas sentencias penales determinan, por la autoridad civil»; «de lo que se trata (quinto) no es de discutir el derecho a la indemnización, sino el determinar ésta, señalando el *quantum* de la misma»; «en el caso que nos ocupa se trata de cuantificar el importe de la indemnización, y al efecto éste ha de referirse al momento en que se cometió el delito»; «... la situación de la Sociedad en aquel momento en que se produjo el delito, su activo permitía valorar las acciones en la cantidad que lo hace y, por tanto, ésa es básicamente la cifra que se solicita como importe de los daños y perjuicios ocasionados a lo que tenemos derecho, conforme a la sentencia penal» (sexto). Solicitando, en fin, «se dicte sentencia por la que se declare haber lugar a la reclamación de daños y perjuicios y determinar éstos en la cuantía contenida en el informe emitido por los señores peritos mercantiles y que en su día se unió al sumario de su razón, y cuya cantidad se determinará en ejecución de sentencia». E) La indemnización de 1.062.500 pesetas decretada en la sentencia penal parece (vuelta del folio 252) pagada por el en la misma condenado y aquí demandado.

Que los hechos constitutivos de infracción penal (delito o falta) y merecedores por ello de reproche penal, pueden ser también la fuente de obligaciones civiles a que se refieren los artículos 1.089 y 1.092 del Código Civil,

categoría de obligaciones que se gobierna por el peculiar régimen a que el últimamente citado artículo se refiere y que principalmente se halla en el Código Penal (arts. 19 y sigs. y 101 y sigs., en relación con el 1.092 del Civil); obligaciones las *ex delicto* que propiamente no nacen del delito, sino de los hechos que lo constituyen y en cuanto originadores de la restitución de la cosa o de la reparación del daño y la indemnización de los perjuicios causados por el hecho punible (arts. 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 101 del Código Penal), sin cuyos efectos patrimoniales o morales, la acción u omisión en que la infracción penal consiste no acarrea otro efecto propio que la imposición de la pena y sin que sea correcto confundir la redundancia en la esfera jurídico-privada en aquélla consistente y sobre la cual se reconoce a su titular el poder de disposición, con la lesión jurídica que el delito significa y que el cuerpo social asume como propia, aun cuando la personifique el agraviado u ofendido, mas sin que caiga bajo la disponibilidad de éste.

Que para la efectividad de la responsabilidad civil originada por los hechos que constituyen el objeto de la causa penal, el sistema de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los artículos 100 a 117 (título IV del libro I, «De las personas a quienes corresponde el ejercicio de las acciones que nacen de los delitos y de las faltas»), consiste esencialmente en que los perjudicados no tienen necesidad de mostrarse parte en la causa (artículo 110) para que (art. 112) se entienda aun en su ausencia del proceso que se hallan ejercitadas las acciones civiles, encomendadas en ese supuesto al Ministerio Fiscal, que ha de ejercitarlas (arts. 105 y 106) por vía de sustitución y en interés de aquéllos; de lo que se sigue la consecuencia de que cuantas acciones civiles tengan cabida en el proceso penal se han de entender ejercitadas en él y por lo mismo juzgadas en el fallo condenatorio, con efectos siempre consuntivos de todas ellas.

Que si ello acaece, como se deja dicho, en los supuestos en que los titulares de las acciones civiles se mantienen fuera del proceso penal sin renunciarlas ni reservarse su ejercicio, separado de la causa penal y en la vía civil, luego de que aquélla concluya por alguno de los modos prevenidos, sube de punto si, como en el caso que se enjuicia, acaece de modo distinto merced a que el perjudicado, amparado en los artículos 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se constituye en parte dentro del proceso penal, y oficiando en él como acusador particular y actor penal y civil, ejercita personal y expresamente acción civil tan incuestionablemente derivada de los hechos incriminados como que consiste en la reclamación del importe de la defraudación apreciada, representado por el valor de las acciones sociales al día en que dispuso de las mismas el demandado, siendo esto lo que reclama, o sea, el mismo dato que, formando parte del tipo penal, sirve de baremo para la punición; lo que se transparenta en que en la causa penal, según las antecedentes puntualizaciones, se solicitó, con base en la misma pericia que ahora en el juicio civil, el mismo importe que ahora, reproduciéndose así fidelísimamente aquella pretensión indemnizatoria, olvidando que ya se había juzgado esa misma pretensión, identificada por los elementos personales, el allí acusador y aquí demandante, contra el allí procesado y acusado y aquí demandado, por su objeto, uno y el mismo, el valor de las acciones sociales, y por el fundamento, que no pasa de ser la misma actividad del demandado que constituye el relato histórico de la ejecutoria penal. Como quiera que, según se dejó expuesto, esa pretensión ya fue juzgada

por otra Sala de este mismo Tribunal Supremo, la cual la satisfizo condenando al demandado al pago al demandante de 1.062.500 pesetas y descartando hacerlo en la misma cuantía que ahora pide, el pretenderse en el juicio civil obtener una elevación hasta la misma cifra de 66.498.146 pesetas equivale a tanto como pedir que los Tribunales civiles suplan las deficiencias o rectifiquen las omisiones que hayan podido cometerse en pronunciamientos sometidos a los de lo criminal con facultades que le son privativas.

Que la reserva de acciones que contiene la Sentencia de la Audiencia Provincial de 9 de junio de 1978 se refiere, según expresa, a las enderezadas a «exigir beneficios o abono de perjuicios por las operaciones posteriores al delito, incluso con intervención de otras personas, Sociedades o Entidades», con antecedente en el cuarto de los considerandos, que alude a «las operaciones ulteriores a la comisión del delito consumado el 22 de diciembre de 1970 y realizadas por el culpado con otras personas, Sociedades privadas, Entidades públicas, operaciones o pactos que ocasionaron bien perjuicios, bien beneficios, de los que se privó, en su caso, a los defraudados, pero no pueden ser determinados en este juicio oral y sentencia»; sin que obviamente entre, pues, en la reserva recordada el «solicitar el pago del valor de sus acciones que tenían al momento de producirse el despojo de las mismas, y que era coincidente con la estimación del contenido del informe de los profesores mercantiles» (segundo considerando del Juzgado de Primera Instancia, asumido por la Audiencia), concediendo «en base a la prueba pericial que aparece a los folios 185 al 235 y 308 al 333 de autos» «y valorando las 82 acciones que poseía el actor, a la suma de 810.953 pesetas por acción», en lo que insiste la sentencia que el presente recurso impugna, al décimo de sus propios considerandos: «se desprende que el perjuicio causado al apelado es el importe del valor de las acciones en la fecha de la comisión del acto antijurídico, el 22 de diciembre de 1970, el que ascendía a 810.953 pesetas por acción, que multiplicado por el número de ellas, que era 82, da un producto que es la cantidad estimada en la parte dispositiva de la sentencia recurrida de 66.498.146 pesetas». Aparte lo cual es constante doctrina de esta Sala, tan reiterada que es ocioso citarla, la de que las reservas de acciones en favor de los litigantes no dan ni quitan derecho y no pueden servir de base a un recurso de casación, pues carecen siempre de virtualidad jurídica y son procesalmente ineficaces.

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE COMPROMISO: EXIGENCIA DE ESCRITURA PUBLICA
(SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas.

Pactada y hecha la separación matrimonial entre ambos contendientes en documentos privados, el marido, hoy recurrente, se obligó a entregar a su esposa (en el pacto de división de bienes gananciales) un piso de los

varios que se construirían en el solar que correspondió a dicho marido, siempre que se autorizara a construir diez u once alturas (lo que se obtuvo), todo ello como compensación de los beneficios que aquél obtuviera. En otra cláusula del documento se añadió al final: «con ratificación expresa de su total contenido; con previas aclaraciones en su caso y de árbitros o amigables componedores, se firma el presente...». En posterior documento se acuerda que «insisten y se ratifican en que cualquier duda, cuestión o problema que surja respecto a la interpretación de tal documento o la posterior actuación de ambos, se resolverá en la vía puramente privada y amistosa». Es preciso e interesante añadir que el marido ejerce la profesión de Procurador de los Tribunales.

La sentencia de Instancia, confirmatoria de la de primer grado, estima la demanda de la esposa y condena al marido a poner en posesión de aquélla uno de los pisos que le puedan corresponder al mismo al cesar en la indivisión (la construcción del inmueble fue obra de varios).

Doctrina de la Sala.—Para combatir tal fallo se alega en el primer motivo del recurso interpuesto por el marido, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la violación del artículo 1 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 sobre arbitrajes de Derecho privado, entendiéndose que se debió aplicar el mismo por la Sala de Instancia, dado que las partes habían pactado una cláusula de sumisión a tal arbitraje, excluyendo el problema de la jurisdicción ordinaria civil. Por tal cláusula se entienden las expresiones antes entrecomilladas en el fundamento primero. Al ser ya opuestas como excepción en el pleito, fue ésta rechazada en ambas instancias con el fundamento de no haberse cumplido lo dispuesto en la Ley citada, es decir, la constancia del pacto en escritura pública, voluntariamente, o bien mediante la formalización judicial del compromiso (arts. 9, 10 y 11 de la Ley de 1953) de las cláusulas citadas, en el caso de que pudieran ser calificadas, con muy buena voluntad, como contrato preliminar del artículo 7 de la citada Ley.

No sólo es cierto, como afirman los Jueces de Instancia, que las expresiones citadas como cláusula de compromiso son imprecisas y nada explícitas, y lo hubieran podido ser dada la profesión del marido contratante, sino que, como también añaden, no pueden tener la eficacia que ahora se pretende por contravenir lo dispuesto en los artículos 6, 8, 9 y 16 de la Ley citada, según ya reiterada jurisprudencia ha dicho en supuestos análogos, de lo que es elocuente muestra la Sentencia de 6 de octubre de 1983, al declarar que el contrato de compromiso habrá de formalizarse necesariamente en escritura pública, sin que el extendido en documento privado tenga otra eficacia que la de permitir a las partes a compelerse para la formalización judicial de lo convenido (art. 16), quedando sin efecto lo pactado en el caso, como el presente, de que las partes no hayan hecho uso de esa facultad o no hubieran formalizado espontáneamente lo convenido otorgando escritura pública. Estas razones obligan, consiguientemente, a desestimar el motivo.

RICARDO DE ANGEL

EJECUCION DE SENTENCIA: DECLARACION Y CONDENA (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1986).

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

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la Sala.—Dictado Auto por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Granada en 8 de abril de 1983, que al confirmar el de 4 de septiembre de 1979 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Málaga, ratificó el preveído en este mismo Juzgado de 19 de julio anterior, que en ejecución de la sentencia recaída en el procedimiento de mayor cuantía a que se refiere, dispuso se requiriese a la Entidad «PESA» para que en término de quince días hiciese efectiva al actor, en aquel procedimiento, la suma de 23.673.187,26 pesetas; por la representación de la citada Entidad demandada se interpuso el presente recurso sosteniendo en los motivos articulados, con base en el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la resolución recurrida, al mantener el proveído que mandó requerir a la recurrente en los términos dichos, resuelve contra lo ejecutoriado y va más allá de lo decidido en la sentencia de cuya ejecución se trata, cayendo así, dice el recurrente, en los dos supuestos que aquel artículo 1.695 de la Ley Procesal Civil contempla a efectos de fundar el recurso de casación; tesis que ha de ser rechazada, con el consiguiente perecimiento de los dos motivos en que se desarrolla, toda vez que la sentencia en cuestión al decir, literalmente en su parte dispositiva, que existe la obligación, sin el carácter de solidaria, de «PESA» de atender al pago del crédito aludido (se refiere al del Banco demandante contra los codemandados deudores) sólo hasta la cantidad de 23.673.187,26 pesetas; no se limita, como la mercantil recurrente pretende, a declarar sin más la existencia de una situación jurídica preexistente, sino que rebasando tan mera declaración y como consecuencia del juicio lógico sobre la conformidad esencial entre la pretensión y el Derecho objetivo, impone a la parte una determinada prestación, un concreto hacer, consistente en acoger favorablemente o satisfacer la suma adeudada hasta el límite que el propio mandato judicial especifica, ya que a ello equivale la literal expresión de atender el pago ordenado, cuyo sentido patentiza que deba considerarse condenatoria la sentencia que en tales términos se pronuncia, con la consecuencia de legitimar frente al condenado que no atendió lo ordenado (art. 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) al requerimiento que la providencia originaria contiene, sin perjuicio de que, a la vista del resultado del requerimiento y de las alegaciones, en su caso, del requerido, el Juez se pronuncie acerca de los términos en que la conducta del condenado ha de llevarse a cabo para satisfacer la pretensión que el ejecutante solicita sin desbordar el contenido total de la sentencia que impuso a aquél el acto material de atender el pago.

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO: OBLIGACION DEL ARRENDADOR DE ASEGURAR EL GOCE DE LA COSA. PRESCRIPCION DE LA ACCION DEL ARRENDATARIO. RENTAS DEVENGADAS DURANTE EL PLEITO (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1986).

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

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Sánchez Jáuregui.

Doctrina de la Sala.—En el primer motivo del recurso, con amparo procesal en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior redacción (de aplicación al caso), se tacha a la sentencia recurrida de haber violado por inaplicación el párrafo 2.º del artículo 1.968 del Código Civil, por entender el recurrente que la acción ejercitada por el actor y aquí recurrido, deduciendo pretensión de indemnización de daños y perjuicios, había prescrito por el transcurso de un año que la norma que se supone vulnerada establece para la prescripción de la acción derivada de las obligaciones a que se refiere el artículo 1.902 del Código Civil; motivo de procedente rechazo, habida cuenta de que si bien en los fundamentos de Derecho de la demanda se contiene una lacónica cita de dicho artículo 1.902, lo que resulta de los hechos alegados en **la misma, a los que presta sustancial conformidad el demandado**, es que éste arrendó al actor un local de negocio con fecha 1 de diciembre de 1973 y que lejos de mantener al locatario en el goce pacífico de la cosa arrendada, destinada a la explotación de una industria de bar-restaurante, a partir de finales del año 1975 comenzó a privarle del suministro de agua e igualmente y de forma esporádica de la corriente industrial, así como del gas, por estar radicada la toma de tales suministros en un conjunto de apartamentos de la propiedad del arrendador, determinando todo ello que el arrendatario tuviera que cerrar el restaurante en abril de 1976, de todo lo que aparece un claro incumplimiento por parte del arrendador no sólo de la obligación contractual de mantener al arrendatario en el goce pacífico de la cosa arrendada, que la preceptiva contenida en el número 3.º del artículo 1.554 del Código Civil le imponía, sino también una contravención del tenor de la obligación que el artículo 1.101 del propio Código sanciona con las consecuencias indemnizatorias postuladas en la demanda. En definitiva, guardando el debido acatamiento al componente fáctico que sirve de fundamento a la pretensión ejercitada en la demanda y a la sustancia de lo pedido, no puede predicarse, como ya hizo constar la parte actora en su escrito de réplica, que la acción ejercitada se basara en obligación de indemnizar nacida de culpa o negligencia de carácter extracontractual, por lo que, cualquiera que sea la fortuna con que la sentencia del Juzgado se expresa para desestimar la excepción de prescripción, la realidad es que la norma de aplicación al respecto es la contenida en el último inciso del artículo 1.964 del Código Civil, en cuanto estatuye que las acciones personales que no tengan señalado término especial prescriben a los quince años, precepto que al ser de aplicación al caso controvertido determinaría de casarse la resolución impugnada, al pronunciarse segunda sentencia, igual fallo desestimatorio de la excepción dicha.

Por la vía del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y acusando error de Derecho en la apreciación de la prueba, se

denuncia por el recurrente la violación, por inaplicación, del párrafo 1.º del artículo 1.232 del Código Civil, con base en la alegación de que la sentencia recurrida no había reconocido el alcance probatorio que correspondía a lo aseverado por el actor al contestar la posición cuarta de las que en confesión judicial le fueron formuladas, en el sentido de que el restaurante se cerró en el mes de abril de 1976, fecha que en relación con la indemnización de daños y perjuicios reclamados en la demanda debía servir como raíz de inicio para el cómputo de los ocasionados al demandante en relación a los producidos en los rendimientos que la explotación de la industria proporcionaba al arrendatario, entendiendo el recurrente al hilo de esta argumentación que la fecha 15 de diciembre de 1975 tenida en cuenta por la sentencia recurrida como inicial, al efecto de determinar el montante cuantitativo de los meritados perjuicios, contradecía lo reconocido por el presunto perjudicado en su confesión judicial. El motivo no puede prosperar, ya que el hecho de que el restaurante se cerrase el día 5 de abril de 1976 es punto no debatido en la instancia, reconocido en la demanda y en el escrito de réplica, no requiriendo, por consiguiente, la fijación de este hecho, a efectos de casación, la articulación de motivo de clase alguna, siendo cuestión distinta las consecuencias que del mismo hayan de deducirse al respecto de la determinación de los perjuicios sufridos por el demandante a partir del día 15 de diciembre de 1975, pues la clausura del restaurante fue debida a las trabas que, cuales la privación del suministro de agua, cortes intermitentes del fluido eléctrico e impedimentos puestos al suministro de gas, venían dificultando, cuando menos, su normal explotación, todo ello debido a una actuación del arrendador recurrente iniciada en diciembre de 1975, lo que hace que los perjuicios sufridos por la actuación del mismo no puedan, como se pretende en el motivo, situarlos en la fecha en que el cierre se produjo, con alcance cuantitativo cuya apreciación no deriva de lo reconocido por el demandado en confesión judicial.

Conforme a lo expresamente postulado en el suplico de la demanda, tanto la sentencia recurrida como la del Juzgado fijan la cuantía de los daños y perjuicios indemnizables al actor, en razón a la actuación del demandado, con concreta referencia a los originados en el período de tiempo comprendido entre el 15 de diciembre de 1975 y el 15 de diciembre de 1976, señalando el alcance pecuniario de dicha indemnización en la cantidad que estiman justa, siendo obvio, por ello, que la sentencia recurrida al proceder así no interpretó erróneamente la preceptiva contenida en el artículo 1.106 del Código Civil, cuya vulneración, con amparo procesal en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa en el tercer motivo del recurso, pues la interpretación errónea de una norma jurídica deriva de concederle un alcance que el contenido de su texto no autoriza, vicio en el que no incidió la resolución impugnada al concretar el montante cuantitativo de una indemnización derivada de una correcta aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil, por lo que procede la desestimación del motivo.

Reclamadas por el demandado en demanda reconvencional y en su calidad de arrendador del local de negocio donde radica la industria de restaurante del arrendatario y actor principal, rentas debidas por éste en cuantía de 550.000 pesetas correspondientes a once mensualidades comprendidas entre los meses de abril de 1980 hasta febrero de 1981, ambos inclusive, la sentencia recurrida, en aseveración fáctica no atacada

en este trámite de casación, declara acreditado que el referido arrendatario había satisfecho las rentas a cuyo pago estaba obligado hasta la que debía hacer efectiva en diciembre de 1980, y con respecto a las también reclamadas de enero y febrero de 1981, establece que «llevando la principal de esta litis la fecha de 20 de noviembre de 1980, y siendo la fecha de reparto el 2 de diciembre del propio año, es claro que (el arrendatario) nada adeudaba por rentas». Contra la denotada última conclusión y la argumentación que le sirve de fundamento, se alza el cuarto motivo del recurso, denunciando por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la violación, por inaplicación, del número 1.º del artículo 1.555 del Código Civil, que impone al arrendatario la obligación de pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos, y como quiera que a la fecha de la presentación de la demanda reconvenicional estaban devengados y no satisfechas las rentas correspondientes a los meses de enero y febrero del año 1981, el motivo ha de ser acogido, al ser inadmisibles las tesis mantenidas por la resolución impugnada en el sentido de que la existencia de la deuda hay que referirla a la fecha de la presentación de la demanda principal, con olvido de que la reconvenición que articuló el aquí demandado entrañaba el ejercicio de una acción que, aunque relacionada con lo que era el tema principal de la controversia, tenía sustantividad propia, por lo que con respecto a los derechos que asistieran al arrendador frente al arrendatario y la posibilidad de su ejercicio, no se podía establecer una preclusión que impidiera reclamar los originados con posterioridad a la fecha de la demanda.

RICARDO DE ANGEL

CHEQUE: ACCION DEL TENEDOR CONTRA EL LIBRADOR. INCONGRUENCIA: NO EXISTE (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1986).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Eduardo Fernández Cid.

Constituyen elementos fácticos que han quedado incólumes, a los efectos de la casación, por probados y no combatidos en forma, con virtud aclaratoria sobre el tema debatido, los siguientes: A) «GSA» y don Francisco V. R. otorgaron contrato, el 6 de febrero de 1975, mediante el cual dicho señor se comprometía a vender los productos de aquella Entidad en Ciudad Real y su provincia, percibiendo en contraprestación las comisiones pertinentes, incrementadas en sus porcentajes, dado que, según la cláusula quinta, «... el comisionista responde ante la comitente del buen fin de las operaciones, de tal forma que si las facturas resultan impugnadas a su fecha de cobro, la comitente procederá a cargar su importe en la cuenta del comisionista, haciéndole al propio tiempo cesión del crédito de forma definitiva» (*sic*). B) El cliente don Domingo P. M., para pago de las operaciones realizadas, entregó a nombre de «GSA» un cheque contra su cuenta en el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Ronda, Oficina de... (Ciudad Real), datado en 20 de octubre de 1977, que «GSA» entregó, para su compensación y abono en cuenta, al Banco de Bilbao de Jerez, en 21 de octubre de 1977, y al resultar impagado lo endosó

a don Francisco V. R., con la cláusula valor en cuenta, en 29 de diciembre de 1977, cargándole su importe y los gastos de la operación. C) Resuelto el contrato de comisión en 19 de junio de 1979, como consecuencia de la operación dicha y verificada la oportuna liquidación, «GSA», mediante demanda de 26 de marzo de 1980, reclama se condene a don Francisco V. R. al pago de 507.289,54 pesetas, solicitando éste, en su contestación de 22 de abril de 1981, se desestime la demanda en todas sus partes, alegando, en esencia, el actuar negligente de «GSA», que hace improcedente la aplicación de la cláusula quinta del contrato al supuesto debatido, argumento que reitera en dúplica y conclusiones. D) El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Jerez dicta sentencia absolutoria, señalando la licitud de la cláusula quinta y la no exoneración de pago para el comisionista por la negligencia alegada, si bien considera que la reclamación exigía, como condición previa, la prueba de haberse cedido definitivamente el crédito, lo que suponía la remisión del talón, que estima acreditada, más un poder notarial para que el comisionista, por la vía elegida como más conveniente, pudiera llevar a cabo el cobro de su importe. E) Recurre «GSA» y alega incongruencia en la resolución del Juez de Primera Instancia, por entender que las exigencias de cesión del crédito y otorgamiento de poder no se habían planteado por la parte en los escritos fundamentales del pleito, razonamiento que acoge la Audiencia Territorial de Sevilla, sentando que el tema no se había abordado en momento procesal oportuno y que al saldo reclamado no se había respondido con el señalamiento de otro, sino con una negativa genérica, no obstante lo cual el comisionista siguió realizando gestiones cerca del cliente para obtener el pago; revoca la sentencia y condena a don Francisco V. R. al pago de la cantidad reclamada.

Doctrina de la Sala.—El primer motivo del recurso, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa interpretación errónea por parte de la Audiencia Territorial del artículo 359 de la propia Ley, en relación con los artículos 330, 524, 540, 548 y 670 de la misma, y artículo 1, 7, del Código Civil, y 372, 3, nuevamente de la Ley Procesal, pero en el mismo motivo señala como la incongruencia tiene acceso a la casación por los números 2.º y 3.º del precepto citado inicialmente; habla de la indagación jurídica del fundamento de las pretensiones de las partes; de obligación positiva, de conocimiento y aplicación de normas; de dualidad de fuentes; de los puntos de derecho fijados por las partes, y *además de ellos y sin sujeción a ellos...*; de que la pretensión del señor V. R. es inequívoca; de que no hay incongruencia en la apreciación llevada a cabo por el Juzgado de Primera Instancia, e incluso llegó a afirmarse, en el acto de la vista, que es la sentencia de la Audiencia Territorial la que *aplica indebidamente* el concepto de incongruencia. Todo se formula de manera tan confusa, tan vaga, tan falta de claridad, sin cita, en preceptos de varios párrafos, de cuál de ellos ha sido infringido, con otra de normas legales tan heterogéneas (Código Civil y Ley de Enjuiciamiento Civil), que se incide en la causa de inadmisión del apartado 4.º del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 1.720 del propio texto legal, transformada en el presente momento procesal en causa de desestimación, cual tiene señalado con reiteración esta Sala; y no basta citar uno cualquiera de los párrafos del artículo 1.692, sino que el citado ha de ser el que concretamente ampare las alegaciones del recurrente, de manera tal que si se mantiene que la

sentencia de la Audiencia no es congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por el demandado, el número a invocar tenía que haber sido el 2.º, y si se afirma que el fallo no contiene declaración sobre alguna de sus pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, el número 3.º, pero en ningún caso el párrafo 1.º, cuando se achaca en unos casos interpretación errónea y en otros aplicación indebida del artículo 359 de la Ley Procesal.

El segundo motivo del recurso pretende ampararse en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación del artículo 1.214 del Código Civil, en relación con los artículos 1.091, 1.256 y 1.258 del texto sustantivo; lo primero, porque la Audiencia sienta que el comisionista no alegó en tiempo hábil la falta de cesión por el comitente del crédito perjudicado y el otorgamiento de poderes a su favor para proceder al cobro, siendo así que tenía que haber examinado si el demandante (comitente) había probado la cesión del crédito, cual le correspondía por ser elemento constitutivo de su pretensión, sin exigir al demandado la alegación y prueba de que el crédito no se le había cedido, lo que significa inversión de la carga probatoria; lo segundo, porque la cláusula quinta del contrato de 6 de febrero de 1975 era vinculante para las partes (artículos 1.091 y 1.256), en los términos del artículo 1.258 del Código Civil. Tampoco cabe su estimación, al existir múltiples razones para ello: el hecho afirmado por la Audiencia no se ha combatido en forma adecuada; el artículo 1.214 del Código Civil no contiene normas sobre valoración de prueba; la doctrina del *onus probandi* sólo entra en juego cuando en autos haya carencia de prueba, pero cuando ésta existe no importa quién la haya aportado; el talón endosado por el comitente al comisionista se encontraba en poder del mismo, que lo presentó con su contestación a la demanda sin atacar la validez de la cláusula de transmisión; el tenedor del cheque conserva su acción contra el librador, aunque lo presente al cobro fuera de los plazos legales, pues sólo la pierde si la provisión de fondos hecha en poder del librado desapareciese porque éste suspendiese pagos o quebrase (art. 537, 2.º), y aunque se presente fuera de plazo, el librado debe pagar siempre que tenga provisión de fondos disponibles; si el señor V. R., que se quedó con el talón, no estaba conforme con la cláusula de endoso, bien pudo pedir la transferencia del crédito, como no endosable, en la manera prevista por el artículo 347 del Código de Comercio; la cesión del crédito no requiere, como forma necesaria, la remisión del talón (aunque esto se llevó a cabo) y el otorgamiento de poder notarial; la Audiencia no ignoró los artículos 1.091 y 1.256 del Código Civil, con el alcance del artículo 1.258 del propio texto legal, antes bien, la buena fe, el uso, la Ley y la naturaleza de la obligación lo que no explican es la conducta del demandado, que recibiendo el talón en 29 de diciembre de 1977, no mostró su disconformidad hasta el momento de contestar a la demanda.

RICARDO DE ANGEL

MANDATO: RELEVACION DEL DEBER DE RENDIR CUENTAS: NO EXISTE (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1986).

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

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la Sala.—Impugnada la Sentencia de lo Civil de la Audiencia de Zaragoza de 22 de febrero de 1984, que al confirmar la apelada procedente del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de dicha capital, condenó al demandado a rendir cuentas justificativas de cuantas gestiones y operaciones realizó en los negocios del actor desde la fecha de su apoderamiento por éste hasta el día en que el mandato le fue notarialmente revocado, el recurrente basa su acción impugnatoria en el único motivo del recurso, que formula al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en infracción por falta de aplicación en la Instancia de la doctrina legal que cita relativa a la facultad del poderdante para relevar al Apoderado de la obligación de rendir cuentas, tesis que además de ser propuesta extemporáneamente, puesto que en ningún momento del pleito el demandado recurrente alegó en la oportuna fase estar relevado de la obligación de rendir cuentas a su mandante, con lo que el motivo suscita una cuestión nueva inaccesible a la casación, según constante doctrina jurisprudencial, es formulada sobre la base de deducir la supuesta relevación de una serie de circunstancias personales y familiares que, en modo alguno, cabe oponer al mandato claro y terminante del artículo 1.720 del Código Civil, en el que las sentencias de Instancia basan, con todo acierto, la obligación que impone al recurrente condenado.

RICARDO DE ANGEL

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION: NO CABE INDEMNIZACION A QUIEN HA INCUMPLIDO. INTERESES: DESDE LA INTERPOSICION DE LA DEMANDA, POR TRATARSE DE RECLAMACION DE CANTIDADES LIQUIDAS Y EXIGIBLES, AUNQUE SE ESTIME LA PETICION RECONVENCIONAL DE PAGO DE INDEMNIZACION (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1986).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Sánchez Jáuregui.

El tema controvertido en orden a la reconvencción articulada por la recurrente se circunscribe a determinar si la Entidad actora y demandada por la reconvencción, «SLAC», incumplió la obligación que le incumbía de prestar ayuda técnica para la completa fabricación en España por «M.» de unos determinados paneles catalíticos, estableciendo la resolución impugnada en el tercero de sus considerandos, que en el contrato de 2 de mayo de 1973 se abrigó la posibilidad de una ulterior y directa fabricación por «M.» de los catalizadores en España, para lo cual, la contratante «SLAC» se comprometería a prestar la tecnología y asistencia necesarias,

pero concluyendo que «M.» para poder fabricar catalizadores con medios propios debería dotarse, según conclusión sentada en prueba pericial, que la sentencia recurrida hace suya, «de medios técnicos adecuados para ensayar, desarrollar y fabricar catalizadores, que es un proceso eminentemente químico», lo que requería, según expresa el perito, una costosa inversión, sentando, en definitiva, el pronunciamiento judicial impugnado que «si 'M.' jamás cumplió con la actividad y aportación de medios materiales que exclusivamente le correspondía, pese a las reiteradas advertencias y buena voluntad demostradas por la contraparte, quien incluso llegó a enviar un presupuesto para impregnación de las napas de silicio en España, mal podía achacarse a la hoy actora-reconvenida el pretendido incumplimiento o fracaso de aquellos designios contractuales».

Doctrina de la Sala.—En el primer motivo del recurso, por la vía del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior redacción, de aplicación al caso, se acusa la violación por la sentencia recurrida del artículo 1.253 del Código Civil, con base en la argumentación de que la misma había basado su fallo desestimatorio de la reconvencción articulada, ejercitando la pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, en la aplicación de la prueba de presunciones. El procedente rechazo del motivo lo determina la doble circunstancia de que, de una parte, la resolución impugnada, como se aprende de lo argumentado en el fundamento de Derecho que antecede, establece sus conclusiones basándose en apreciación de pruebas directas, y de otra, porque destacando como primordial la resultancia de la prueba pericial, era indispensable que por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusara un error de Derecho en la apreciación de la misma, y, en último término, porque de lo aseverado por el perito no es irracional deducir, aplicando las reglas de la sana crítica, que «M.» dio muestra de su actitud incumplidora al no iniciar siquiera el montaje de la estructura que le permitiría fabricar, con la asistencia técnica de la Entidad recurrida, el catalizador a que las presentes actuaciones se contraen.

Al ser incierto, por lo precedentemente argumentado, que la sentencia recurrida fundamentara su fallo en la interpretación del contenido de la cláusula 11 del contrato de 2 de mayo de 1963, decae el segundo motivo del recurso, en el que, por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación del artículo 1.285 del Código Civil, aparte de que el precepto dicho no pudo ser vulnerado por la sentencia recurrida al sentar que la cláusula o artículo 11 del contrato, al establecer que «el programa de avance de la construcción en España de los materiales objeto del presente contrato se determinará por las solicitudes del mercado español», contenía una prevención lógica en orden a una determinada actividad de los contratantes, que «M.» ni siquiera había iniciado en lo que le correspondía, no conlleva interpretación ilógica de clase alguna de la meritada cláusula contractual.

El motivo tercero del recurso, con igual amparo procesal que el anterior, tacha a la resolución impugnada de haber violado el artículo 1.101 del Código Civil, en relación con los 1.091, 1.124, 1.156 y 1.258 del mismo Cuerpo legal, imponiéndose su rechazo al fundamentar la infracción que acusa en la circunstancia de que la referida sentencia no acogiera la pretensión indemnizatoria ejercitada con la reconvencción, dado el incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Entidad actora y reconvenida,

por ser tal afirmación contraria a las conclusiones establecidas por la Sentencia de la Audiencia, inalteradas en este trámite de casación a virtud de la desestimación de los dos motivos precedentemente analizados.

Por la vía del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia en el cuarto motivo, la violación de la doctrina legal contenida en las sentencias citadas en el mismo, que, según tesis de la recurrente, establece en interpretación de la preceptiva contenidas en los artículos 1.101 y 1.108 del Código Civil, que cuando la resolución judicial condena a menor cantidad de la pedida, el pronunciamiento de condena respecto a intereses legales devengados por la misma sólo es dable establecerlo a partir de la fecha de la sentencia y no desde la interposición de la demanda, y si bien es cierta la doctrina legal que se pone de relieve por la recurrente, no lo es menos que en el caso enjuiciado en las presentes actuaciones la entidad actora reclamó de la demanda cantidades líquidas y exigibles, estimándose la procedencia de su abono y que la circunstancia de que también prosperara otra pretensión de igual carácter deducida reconventionalmente por la demandada, no era óbice para que, como lo verificó la sentencia recurrida, en los pronunciamientos estimatorios de la demanda principal y de la reconventional, se condenara al propio tiempo al pago de los intereses legales devengados desde la interposición, respectivamente, de la demanda y reconvenición, siendo cuestión distinta la de que una vez fijado el montante cuantitativo de cada una de las condenas se estableciera compensación determinante de lo que la acreedora por mayor entidad pecuniaria había de percibir en definitiva, lo que de ninguna manera significaba otorgarle menos de lo que había pedido, de todo lo que resulta el procedente rechazo del motivo.

RICARDO DE ANGEL

INTERPRETACION DEL CONTRATO: CRITERIOS (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1986).

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

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Ramón López Vilas.

Doctrina de la Sala.—El presente recurso se articula en dos motivos en los que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su anterior redacción vigente al tiempo de interposición del recurso, el recurrente combate la Sentencia de la Audiencia denunciando respectivamente la infracción, en concepto de violación por inaplicación, de los artículos 1.288 y 1.282 del Código Civil. Es doctrina jurisprudencial de la Sala, repetida y reiterada, que la facultad de interpretar los contratos y de fijar los términos de la regulación negocial es cometido de los Tribunales de instancia, cuyos criterios, en principio, han de prevalecer en casación, siempre que dicha función exegética e interpretativa no resulte arbitraria, ilógica, desorbitada o infrinja claramente alguna de las reglas o pautas que el legislador ha establecido sobre la materia en los artículos 1.281 a 1.289, ambos inclusive, del Código Civil. Y esto es precisamente lo que el recurrente pretende al sostener, por cierto de manera confusa, en el primer motivo la oscuridad del contrato

de arrendamiento de obras origen de estos autos con las consecuencias que en tal sentido prevé el artículo 1.288 del Código Civil, y en el segundo, reiterando argumentos utilizados en el anterior, la infracción, por el concepto de violación por inaplicación, del artículo 1.282. Argumentos que resultan infundados y faltos de la debida consistencia y que determinan la clara desestimación de uno y otro motivo, que se incluyen conjuntamente en un mismo Fundamento de Derecho en aras de la brevedad y en evitación de reiteraciones en los razonamientos aplicables al presente caso, en el cual la sentencia recurrida no incide en ninguna de las anomalías denunciadas. Por el contrario, los resultados y pronunciamientos a los que llega el Tribunal *a quo* han de ser mantenidos por su misma corrección a la vista de los antecedentes detallados y ponderados en la Sentencia del Juzgado, que estudia adecuadamente y por su orden los puntos relativos a si el llamado contrato de arrendamiento de obra se pactó entre los litigantes en régimen de administración o por precio alzado, si el piso piloto fue o no terminado de construir por la demandante y si, en fin, ésta realizó efectivamente la cimentación, movimiento de tierras y estructura. Sentencia confirmada plenamente por la Audiencia en un único considerando en el que taxativamente se dice que el Juez «resuelve con acierto todos y cada uno de los problemas planteados de acuerdo con una apreciación conjunta de las pruebas practicadas, lo que le llevó a corregir adecuadamente las pretensiones de la parte actora que se aquietó ante las reducciones que hizo la sentencia, de la que se alzó la parte demandada». No resulta viable, por tanto, la pretensión de la recurrente, pues si la labor de interpretación contractual es la averiguación del sentido y alcance de lo pactado, es obvio que para poder cuestionar la interpretación dada por el Tribunal *a quo* se requiere que las declaraciones o términos del contrato sigan produciendo esas dudas interpretativas —correctamente resueltas ya en instancia— que son las que obligan a la búsqueda y esclarecimiento de la prevalente intención de los contratantes (interpretación subjetiva, artículos 1.281, 1.282 y 1.283) y, si ello resultare insuficiente, recurriendo con carácter subsidiario a los medios o pautas de interpretación objetiva que el propio legislador prevé en los siguientes artículos 1.284 a 1.289 del mismo Cuerpo legal.

RICARDO DE ANGEL

PRIVILEGIO: EL DE LA HACIENDA PUBLICA DEL ARTICULO 71 DE LA LEY GENERAL TRIBUTARIA (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1987).

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

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la Sala.—Dictada sentencia, el 15 de junio de 1984, por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Valladolid que al confirmar íntegramente la apelada del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de León, desestimó la demanda de tercera de mejor derecho, interpuesta por la Abogacía del Estado, en nombre de la Administración General y a favor de la Hacienda Pública, contra don Ramón R. V. y otros, así como

frente al Ministerio Fiscal y contra cualquier persona que pudiera resultar interesada en los hechos que determinaron la incoación del sumario número 20/1972 del Juzgado de Instrucción número 2 de León, aquella sentencia, que rechazó la aplicabilidad al caso del privilegio consagrado por el artículo 71 de la Ley General Tributaria al que se remite el 32 de la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977, y correspondiente del Reglamento General de Recaudación, es impugnada en el recurso, articulando al efecto un único motivo de casación en el que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción aplicable al caso, se denuncia la violación de aquellos artículos 32 de la Ley General Presupuestaria de 1977 y 71 de la General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 por entender, el recurrente, que el juzgador de instancia desconoció la prelación absoluta que, para el cobro de los débitos tributarios vencidos y no satisfechos, establece la literalidad de dichos preceptos, a favor de la Hacienda Pública, cuando concurre con acreedores que no lo sean de dominio o derecho real debidamente inscrito, inscripción a la que no puede asimilarse, en ningún momento, una simple anotación de embargo, situación que es la del presente caso en el que ha de aplicarse aquella prevalencia que igualmente resulta, siempre según la representación del Estado, del espíritu de la norma que la establece por el deseo del legislador de garantizar, frente a terceros que no sean titulares del dominio o del derecho real, los créditos de la Hacienda... «previniendo supuestos como el de autos en los que un crédito anotado previamente pierde el rango temporal frente al expreso, especial y privilegiado rango de la Hacienda Pública, en orden al cobro de los impuestos y tributos».

La prelación del crédito que sostiene la Abogacía del Estado, en la tercería de mejor derecho ejercitada, no es atendible, ya que el precepto invocado en apoyo de la preferencia que en el motivo de casación se postula, artículo 71 de la Ley General Tributaria, si bien es cierto que al decir escuetamente «que la Hacienda Pública gozará de prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos, en cuanto concurren con acreedores que no lo sean de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real, debidamente inscrito con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 73 y 74 de esta Ley» establece, en principio, la preferencia de la Hacienda Pública ante los que llama acreedores de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real concurrente, que no esté debidamente inscrito con anterioridad a que ella haya anotado el suyo y, desde luego, frente a los restantes acreedores sin consideración alguna a la fecha del crédito de aquélla ni a la del de éstos, no lo es menos que este privilegio general que, *prima facie*, consagra el artículo 71 de la Ley General Tributaria, sufre la importante restricción que impone el artículo 132 de la misma Ley al puntualizar que «el Estado, las provincias y los municipios, tendrán derecho a que se practique anotación preventiva de embargo de bienes en el Registro correspondiente, conforme a mandamiento expedido por el ejecutor competente, con el mismo valor que si se tratara de mandamiento judicial de embargo y el alcance previsto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria», norma que, inevitablemente, entra en colisión con aquella otra en la que busca apoyatura el motivo de casación desarrollado por el representante

de la Administración General del Estado, privándole de la eficacia pretendida y haciéndole claudicar, por consiguiente, a la vista de que, teniendo que constar registralmente, mediante anotación de embargo, el crédito de la Hacienda «con el alcance previsto en el artículo 44 de la Ley Hipotecaria», precepto que remite al artículo 1.923 del Código Civil, a efectos de preferencia para el cobro del crédito, ha de concluirse en que, fuera de los casos de los artículos 73 y 74 de la Ley General Tributaria, ajenos al presente, la anotación preventiva por débitos queda sometida a la normativa del número 4.º de este precepto del Código Civil y no a la preferencia general que parece derivarse del texto del artículo 71 de la Ley General Tributaria, por fuerza de la anteposición que merece la normativa que contiene el artículo 132 de la misma Ley conforme a lo razonado, a la vez que al principio restrictivo inherente a los privilegios y a la doctrina de esta Sala, de la que son muestra las Sentencias de 29 de noviembre de 1962, 31 de enero de 1974, 10 de noviembre de 1976 y 17 de marzo de 1978.

RICARDO DE ANGEL.

RESPONSABILIDAD CIVIL: POR ACCIDENTE LABORAL. RESPONSABILIDAD POR CULPA Y SUS PALIATIVOS (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1987).

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

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

Doctrina de la Sala.—El primero de los motivos del recurso, al amparo, según lo que se deja razonado, del antiguo número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error en la apreciación de la prueba resultante de documentos obrantes en los autos y que resultan ser la Sentencia dictada por la Magistratura de Trabajo de Salamanca el 8 de julio de 1976 y la dictada por el Tribunal Central de Trabajo el 30 de noviembre de 1978, confirmando la primera; y los testimonios de actuaciones penales y singularmente el del Auto de 8 de octubre de 1977 dejando sin efecto el procesamiento del recurrente en el sumario seguido a raíz de los hechos y que había sido proferido el 27 de septiembre de dicho año 1977. Es motivo que debe desestimarse por cuanto dichos documentos distan de merecer la conceptualización de auténticos, en el sentido y a los fines del número 7.º antiguo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que se apoya. Según reiteradísima Jurisprudencia sólo es auténtico el documento que revela manifiesta e inequívocamente el error padecido por el juzgador y ello directamente y sin necesidad de interpretaciones. No es documento auténtico el que ya ha sido examinado y tenido en cuenta por el juzgador de la instancia, como acaece con los invocados. Singularmente se ha negado el carácter de auténtico al testimonio de actuaciones de otras Jurisdicciones y en particular de la penal. Es cierto que los hechos declarados probados por la Jurisdicción laboral divergen sustancialmente de los que la Audiencia sienta como fundamento de hecho de su fallo condenatorio; pero ello no aparece que deba prevalecer aquel relato sobre el *factum* de la sentencia

impugnada, ya que no existe relación alguna de prejudicialidad entre ambas sentencias. En cuanto a las actuaciones de carácter penal, sabido es que lo pronunciado por órganos jurisdiccionales represivos en caso de absolución no prejuzga la valoración que los mismos hechos merezcan ante este orden jurisdiccional civil a salvo lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según el cual se tendrá por extinguida la acción civil cuando se haya declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que hubiese podido nacer. Debe, pues, desestimarse el motivo primero y consiguientemente enjuiciarse el segundo a partir de los hechos relatados por la Audiencia.

Para la Audiencia se ofrecen «como indiscutibles» «los siguientes hechos: El 27 de marzo de 1976, el joven de diecisiete años Antonio M. H., hijo de los actores don Baltasar M. H. y de doña María Luisa H. H., halló la muerte al resultar aprisionado por un aparato elevador, instalado por la industria de don Antonio Ernesto I. G., en un edificio propiedad de don Estanislao S. M. y su esposa doña Cándida R. M., dedicado a fábrica de embutidos, sito en la localidad de ...» Se excluye la responsabilidad en los hechos del demandado Antonio Ernesto I. G., «toda vez que (dice el considerando segundo) dicha máquina (esto es, el aparato elevador) se hallaba perfectamente instalada y reunía cuantos requisitos de seguridad le eran exigidos». Reducida la cuestión a los otros dos cónyuges demandados declara la sentencia (en el tercero de sus considerandos) «aparece como evidente que el joven Antonio M. H., escasos días anteriores a su muerte fue contratado por éstos para prestar servicios como pinche o aprendiz a su servicio» indistintamente en la salchichería a nombre de Cándida o en la fábrica de embutidos de que es titular Estanislao, «sitas en la misma localidad y próximas una a otra». Aparece probado, además, que «dos días antes del accidente, el joven Antonio M. H. estuvo trabajando —colgando jamones— en la fábrica de embutidos, utilizando el aparato elevador para subirlos a las plantas superiores». En cuanto al accidente, se declara «en primer lugar, que las puertas de la fábrica de embutidos, se encontraban abiertas, pudiendo situarse los hechos entre 8 y 10 de la mañana», de lo que induce que otra persona que el propietario se encontraba «al cuidado en su interior»; «que la víctima fue encontrada vestida con un 'mono de trabajo y la sobreprenda que llevaba colgada en una percha», dato del que infiere que abriga el propósito de trabajar; «que el cuerpo apareció aprisionado sobre el techo del camarín o montacargas» y «como a unos 3,90 metros de altura y el tabique o ánima por el que discurre», circunstancia que, a juicio de la Audiencia, «excluye todo propósito de mera diversión del que lo utiliza para subir o bajar»; concluyendo, sobre la base principalmente del testigo que cita y que depuso en el procedimiento penal, «que en la noche en la que ocurrió el accidente oyó a don Estanislao S. M. que había encargado a la joven víctima que limpiara el techo de la cabina del montacargas», por lo cual «la joven víctima halló la muerte cuando procedía a la limpieza del techo del montacargas, por encargo de don Estanislao y estando al servicio de éste».

A partir de los hechos relatados debe ser enjuiciado el segundo de los motivos del recurso, en el cual se denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código Civil que se reputa indebidamente aplicado al caso. Razona el motivo que para la estimación de la responsabilidad de ese

artículo es menester que el factor etiológico determinante del daño obedezca a una conducta del demandado producida por acciones u omisiones por él realizadas sin la diligencia adecuada a las circunstancias. Debe ser desestimado, pues si bien es cierto que esta Sala viene proclamando reiteradamente que el principio de la responsabilidad por culpa es el básico de nuestro ordenamiento y el acogido en el artículo 1.902 invocado por el motivo, de tal suerte que se exige por modo general y como requisito de ineludible concurrencia el que al eventual responsable se le pueda reprochar culpabilísticamente el hecho originador del daño, pues sólo así puede generarse responsabilidad conforme al artículo invocado en relación con el 1.903, no es menos cierto que esta Sala también ha creado diversos paliativos cuales son acentuar el rigor con que debe ser aplicado el artículo 1.104, la responsabilidad por el riesgo (de especial relevancia en el sector de la circulación de vehículos a motor) y (el primero en aparecer, ya que data de la Sentencia de 10 de julio de 1943) la inversión de la carga de la prueba, creando la presunción *iuris tantum* de que medió culpa por parte del agente, consagrado en multitud de sentencias que cita la de 10 de julio de 1985, que lo aplica; consistiendo este paliativo de la inversión de la carga de la prueba, procedente de la esfera laboral donde actualmente tiene por principal asiento el número 3.º del artículo 84 de la Ley General de la Seguridad Social, en presumir, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidentes de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo. Aparece en el caso que la Audiencia atendió a la esfera laboral en que el acaecimiento dañoso se produjo y en la que tan antigua manifestación tiene el principio de la inversión de la carga de la prueba, fundado la responsabilidad que declara en haberse ordenado por el recurrente a la víctima procediese a la limpieza del montacargas, en cuyas tareas se hallaba cuando resultó aprisionado, hecho acaecido en el marco de una relación estable de dependencia del joven respecto del matrimonio de los cónyuges recurrentes en méritos de la cual trabajaba indistintamente en las dos industrias de que éstos son titulares. El género de trabajo en que la víctima halló la muerte era, dada la edad y la inexperiencia consiguiente de la misma, título suficiente para la condena, a salvo la posibilidad de excusarla la prueba cumplida de la culpa determinante de la víctima, la que no se ha producido.

RICARDO DE ANGEL.

COMPRAVENTA DE INMUEBLES: RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR. VALORACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

Son hechos admitidos por los recurrentes, sentados en la sentencia de instancia y de los que ha de partirse para la mejor comprensión y resolución del recurso, los siguientes: A) En 7 de diciembre de 1979 don Fernando E. L. y su esposa doña Emilia P. P. venden por contrato pri-

vado a don José Luis G. S. el piso ático sito en el número 4 de la Plaza ... de la ciudad de ..., pero como el comprador dejase de pagar parte del precio dieron por resuelto el contrato por acta notarial de 6 de marzo de 1981. B) El señor G. S., que tenía entregadas 3.715.590 pesetas, acepta la resolución contractual y al ser el incumplidor, pues que el piso le había sido entregado, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, que han de descontarse de la expresada cantidad, a fin de determinar lo que tienen que devolverle, volarándose dichos daños y perjuicios por el Juzgado de Primera Instancia en 1.934.511 pesetas y por la Audiencia Territorial en 564.734 pesetas. C) Don Fernando E. L. y doña Emilia P. P. presentan recurso de casación, sosteniendo que la valoración de los daños y perjuicios que debe estimarse es la fijada por el Juzgado.

Doctrina de la Sala.—El primer motivo del recurso se formula al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por entender que la sentencia recurrida incide en error en la apreciación de la prueba basada en documentos que obran en autos sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, admite la cantidad de 142.000 pesetas fijada en concepto de comisión al Agente de la Propiedad Inmobiliaria, pero impugna: 1.º Que no se acogiese la cantidad de 900.000 pesetas que hubieron de pagar al Constructor, don Manuel R. C., al que, a su vez, habían comprado el piso y que resolvió el contrato en 30 de diciembre de 1981, constando tal indemnización en acta de dicha fecha autorizada por el Notario señor Fiestas Contreras. 2.º Que no se computasen los gastos de la Comunidad de Propietarios correspondientes al piso por el período de tiempo que lo ocupó el señor G. S., cifrados en 92.511 pesetas. 3.º Que no se sumase a dichas cantidades la de 800.000 pesetas por los dieciséis meses que el actor tuvo en su poder la vivienda, que podía haber rentado 50.000 pesetas al mes, según dictamen del perito nombrado por ambas partes, estimando la Audiencia por este concepto solamente 422.734 pesetas. El perecimiento del motivo se desprende de la simple lectura de la sentencia recurrida, que razona con acierto los fundamentos de su fallo y así, respecto a las 900.000 pesetas, acaecidas las dos resoluciones contractuales con una diferencia de nueve meses y devuelto el inmueble vendido desde el primer momento, niega el nexo causal respecto a unos daños producidos con posterioridad y que pudieron ser evitados negociando nuevamente con la cosa, por lo que ni ignora la indemnización ni priva de valor probatorio al documento notarial que recoge fue aceptada, estableciendo simplemente que su realidad no es imputable al hoy recurrido y que tal documento no acredita lo contrario, ocurriendo lo mismo respecto a los gastos comunitarios que, aunque existentes, ni gravan por su total importe el inmueble (art. 9, regla 5.ª, párrafo 2.º, de la Ley de Propiedad Horizontal) ni se acredita su pago por los hoy recurrentes, que igualmente han dejado de ser propietarios; finalmente, en lo que atañe a las 800.000 pesetas, se admite que la posesión del piso durante dieciséis meses por el señor G. S. entrañó un evidente perjuicio para los vendedores, pero se aclara: que el posible importe de la renta mensual se fija por los peritos (cuyo informe no es prueba documental para la casación) con relación al año 1983 y no respecto al tiempo de ocupación; que los vendedores se beneficiaron con los intereses de las cantidades abonadas, reconociendo que adeudaban el importe de un préstamo por el que pagaban un interés del 17 por 100; que con el dinero recibido podían haberlo cancelado; que unas y otras partidas po-

dían compensarse, y que, no obstante, al reconocer el señor G. S. que les ocasionó un perjuicio cifrado en 422.734 pesetas, se computaba esa suma por el expresado concepto. En definitiva: se pretende hacer una nueva valoración de la prueba de manera subjetiva e interesada, convirtiendo a la casación en una tercera instancia y sustituyendo la labor hermenéutica de la Audiencia Territorial respecto de unos documentos que ha tenido en cuenta y que ha interpretado conforme a las reglas de la sana crítica, todo lo cual está vedado en recurso extraordinario como el que nos ocupa, según reiterada y constante jurisprudencia, que por conocida es innecesario acotar.

El segundo motivo, con base en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa infracción del artículo 1.124, párrafo 2.º, del Código Civil y la numerosa jurisprudencia que lo interpreta, en cuanto que dicho precepto faculta al perjudicado por la resolución de las obligaciones a exigir del que incumple el resarcimiento de los daños y perjuicios, sin que se haya producido la condena en la forma denunciada en el motivo anterior. Su rechazo es obvio, pues hace supuesto de la cuestión al partir de una apreciación probatoria ya desestimada.

RICARDO DE ANGEL.

BIENES INMUEBLES POR DESTINO: CALIFICACION. POSESION DE BIENES MUEBLES ADJUDICADOS EN SUBASTA: NO CONCURRE BUENA FE. EFICACIA DE LA RESERVA DE DOMINIO (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Jaime Santos Briz.

Ambas sentencias de Instancia en forma constante han estimado la demanda formulada por la Sociedad Anónima denominada «C», ejercitando acción reivindicatoria contra don José María M. N., en solicitud de la entrega de unos bienes muebles o, en su caso, devolver el importe de los mismos de 2.394.000 pesetas, más sus intereses legales. Los hechos que se consideraron probados en la sentencia recurrida, por aceptación de los consignados por el Juez de Primera Instancia, fueron sustancialmente los siguientes: a) La Entidad actora, ahora recurrida, vendió en 24 de julio de 1974 a Construcciones B., S. A., los aparatos electrodomésticos que designan en contrato de venta a plazos, modelo A, número 539939, inscrito en el Registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer con fecha 24 de marzo de 1975. b) Tales bienes muebles se instalaron en la Clínica de «M.», e instado procedimiento hipotecario contra la Entidad compradora con reserva de dominio, se adjudicaron al demandado, actual recurrente, en subasta celebrada el 22 de junio de 1976. Pero con anterioridad, el día 25 de marzo de 1976, se requirió notarialmente a la ejecutante Entidad financiera «BASA», a fin de que conociera la situación de los bienes y se abstuviera de extender el derecho de hipoteca sobre ellos, y asimismo, antes de que se produjera la adjudicación fue también requerido notarialmente el rematante el 30 de agosto de 1976, a fin de que se abstuviera de disfrutar de la maquinaria. c) Por Auto de 3 de marzo

de 1976 del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid, recaído antes de la subasta de dichos bienes, en procedimiento de tercera de dominio, que no fue admitido a trámite, se declaró que el artículo 110 de la Ley Hipotecaria enumera bienes sobre los que se extiende la hipoteca, entre los cuales no pueden incluirse los que se pretende reivindicar. *d)* Asimismo, por Sentencia de 15 de marzo de 1979, el Juzgado de Primera Instancia número 13 de la misma villa, en autos de juicio de mayor cuantía, reconoció a favor de la Entidad recurrida la propiedad de tales bienes, condenando a la Entidad entonces demandada, Inmobiliaria B., S. A., adquirente con reserva de dominio, a entregarlos a aquélla. *e)* Se pone de relieve en la Instancia que el requerimiento notarial al ejecutante se hizo antes de la celebración de la subasta, así como la declaración por auto del Juzgado número 11 de que dichos bienes no están incluidos entre aquellos a que se extiende la hipoteca, hechos que debió conocer el demandado antes de concurrir a la subasta, pues los requerimientos le fueron hechos en las oficinas del mismo, y no se ha discutido la identidad y posesión de los bienes que se hallan en poder del actual recurrente.

Doctrina de la Sala.—Frente a esa resultancia fáctica, el primero de los motivos del recurso, al amparo del número 7 del artículo 1.692, anterior redacción de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega error de Derecho en la apreciación de la prueba con violación de lo dispuesto en el artículo 632 de la misma Ley, en relación con el artículo 1.243 del Código Civil. El motivo razona sobre la apreciación de la prueba pericial practicada en autos y disiente de la forma en que la entendió la Sala de Instancia, estimando que las máquinas y aparatos objeto de la litis se unieron a la cosa inmueble de forma indisoluble y dejaron de ser bienes muebles. El motivo no es estimable, en primer lugar, porque, como ha declarado esta Sala muy reiteradamente, la prueba pericial es de la libre apreciación del juzgador de Instancia, como establece el artículo 632, que se invoca como infringido, no siendo susceptible de recurso de casación, por el hecho mismo de que las reglas de la sana crítica no están recogidas en ningún precepto legal y, por tanto, el juzgador se halla sometido a esa libertad de apreciación que compete a los Tribunales de Instancia, y mucho menos la prueba pericial puede merecer, a efectos de casación, la consideración de documento auténtico (Sentencia de 30 de marzo de 1962). En segundo lugar, la calificación de los bienes litigiosos como bienes muebles o inmuebles no puede deferirse, dado su carácter jurídico, a la prueba pericial, ya que, como se verá en los fundamentos que siguen, ha de ser hecha en función de la interpretación que al juzgador merezca el artículo 334, número 5, del Código Civil, sin que en ello se pueda tener en cuenta, por ser función judicial intransferible, el criterio de los peritos.

El motivo tercero, a examinar antes que el segundo, por referirse también a la apreciación de la prueba, acusa igualmente, y con idéntico apoyo procesal, error en dicha apreciación por violación, se dice, de lo dispuesto en el artículo 1.218, párrafos 1 y 2, del Código Civil. En este motivo se intenta refutar el criterio de la Sala *a quo*, que estimó falta de buena fe la conducta del recurrente, apoyándose en los documentos que señalan los considerandos segundo y cuarto de la sentencia de primer grado. Pone de relieve la conclusión de hecho a que llegó el Tribunal de apelación, que el recurrente conocía ya cuando concurrió a la subasta de los bienes muebles litigiosos que eran de propiedad ajena y que, aunque estaban radicados en el inmueble subastado, no estaban allí colocados por su

propietario pleno, y que conocía también el rematante, por repetidos actos de comunicación notariales y judiciales, que tales bienes no se incluían entre los sometidos a subasta; no obstante, participó, intentando después apropiárselos a pretexto de hallarse en el inmueble objeto de la ejecución hipotecaria. Circunstancias de hecho todas ellas no derivadas exclusivamente de uno solo de los documentos aducidos en el motivo, sino del conjunto de ellos, de los que la Sala de Instancia dedujo acertadamente la falta de buena fe en el proceder del rematante, que conocía sobradamente la situación en que se hallaban los bienes muebles objeto de este litigio. Por todo ello no ha habido infracción alguna de las normas invocadas y ha de desestimarse igualmente este motivo.

El artículo 334, número 5, del Código Civil exige como requisito indispensable para que un bien mueble por naturaleza se transforme en inmueble por incorporación, que el destino venga dado por el propietario pleno, sin cuya condición no puede entenderse que los bienes muebles adquiridos con reserva de dominio puedan convertirse en inmueble por incorporación cuando aquella reserva consta de modo fehaciente, como en el caso debatido, por estar inscrita en el Registro de reservas de dominio y prohibiciones de disponer. Precisamente el objetivo de esa inscripción es evitar que puedan ser gravados o transmitidos en perjuicio del titular inscrito, es decir, que la inscripción perjudica a tercero en cuanto a aquella disposición o gravamen. El mismo requisito de destino dado por el propietario de los bienes muebles afectados ha de exigirse para que queden incluidos en el gravamen hipotecario del inmueble que los contenga, sin cuyo requisito ha de estimarse ineficaz el pacto expreso de hipotecabilidad que prevé el artículo 111 de la Ley Hipotecaria; y ha de ser así, porque de otra forma persona no propietaria podría hipotecar bienes ajenos en perjuicio de su dueño, y sobre todo porque el artículo 1.857, números 2 y 3, del Código Civil establece como requisito esencial de la hipoteca, en todo caso, pues no hace distinciones, que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad (plena) al que la hipoteca, y que la misma persona propietaria tenga la libre disposición de sus bienes, lo que no puede predicarse de quien adquiere una cosa con reserva de propiedad a favor del transmitente, y menos del que adquiere de quien simplemente es titular con reserva de dominio en tanto la reserva subsista.

5. Lo expuesto en el fundamento de Derecho anterior evidencia la desestimación de los motivos segundo y quinto del recurso, que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusan, respectivamente, la infracción del artículo 334, número 5, del Código Civil, y del artículo 111, número 1, de la Ley Hipotecaria. También debe decaer el motivo cuarto, que con el mismo apoyo procesal acusa la violación del artículo 464, párrafos 1 y 2, del Código Civil. Y ello porque el precepto legal invocado para atribuir titulación dominical exige que la adquisición de posesión de bienes muebles sea de «buena fe»; requisito que, como se ha razonado, no concurre en el recurrente, que adquirió la posesión discutida sabiendo que los bienes objeto de ella pertenecían a un transmitente que se reservó el dominio sobre ellos; y de la misma forma no puede predicarse su adquisición de buena fe en venta pública, puesto que se le requirió repetidamente para que se abstuviera de consolidar la adquisición y, no obstante, primero participó en la subasta y después no atendió las declaraciones judiciales, anteriores a la subasta, en que se declaraban los bienes en cuestión de propiedad ajena.

Por último, el motivo sexto, amparado también en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la aplicación indebida del artículo 348, párrafos 1 y 2, del Código Civil; es decir, se opone a que se estime la acción reivindicatoria ejercitada en la demanda por no reunir, en su criterio, el actor recurrido los requisitos que al amparo de dichas normas exige la jurisprudencia de esta Sala. El motivo debe también decaer porque de los hechos descritos en el primero de estos fundamentos de Derecho se deduce la titularidad del demandante recurrido sobre los bienes objeto de la litis; su identificación, que no ha sido discutida, y la posesión de aquéllos por el recurrente, que carece de titularidad dominical sobre los mismos; por tanto, al reunir los requisitos que esta Sala ha exigido para el éxito de la acción reivindicatoria, ha de ser desestimado, como ya se indica, dicho motivo.

RICARDO DE ANGEL

AVAL: NULIDAD DEL PRESTAMO POR EL CONSEJERO-DELEGADO DE UNA COMPAÑIA ASEGURADORA. «GIRO O TRAFICO DE LA EMPRESA» (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

En el juicio de que el presente recurso dimana, el Banco demandante reclama a la Aseguradora demandada el resto de cuatro millones de pesetas del capital de una remesa de letras de cambio libradas por una Sociedad y aceptadas por otra, y en cuyas cambiales la Aseguradora intervino en el concepto de avalista. La Aseguradora niega que el Consejero Delegado que suscribió el aval estuviere facultado para esa operación, habida cuenta su índole. El motivo único del recurso, que se endereza por la Aseguradora contra la sentencia de la Audiencia que confirmó la del Juzgado condenatoria de la misma en los términos de la pretensión, trae a la consideración de esta Sala el punto de si la operación de aval de que fluye la obligación a cuyo cumplimiento aparece condenada la recurrente pertenece al giro o tráfico de la Aseguradora demandada y aquí recurrente; invocándose en Derecho la infracción, por el concepto de interpretación indebida, del párrafo segundo del artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas. Se argumenta que el Consejero Delegado que suscribió el aval no podía tener mayores facultades que el Consejo de Administración a quien corresponde, según el artículo 76 de la Ley y los Estatutos de la Aseguradora, la representación de la Sociedad, en juicio y fuera de él. Pero (se argumenta, finalmente) tal representación es para «todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa». «Este es el tema fundamental de este recurso», pues «una Compañía de Seguros no admite como giro o tráfico propio el aval de las letras de cambio cuyo contrato subyacente es *res inter alios*. Se trata, en efecto, de una operación prohibida.

Doctrina de la Sala.—Para un adecuado enjuiciamiento del motivo ha de resaltarse, dentro del conjunto de los hechos admitidos, que la sentencia tiene por probados sin contradicción en el recurso que el cuestionado aval fue puesto el 9 de febrero de 1979 y lo suscribe Nicolás R. G.

en el concepto de Consejero Delegado de la Aseguradora. El 22 de diciembre de 1978 había sido designado por el Consejo de Administración, inscribiéndose en el Registro Mercantil tal nombramiento el 7 de febrero de 1979, y cesando por dimisión aceptada el 11 de junio de 1979. Los Estatutos dedican sus artículos 22 a 27 a regular el Consejo de Administración, al cual viene encomendado (26) todo cuanto no esté atribuido a la Junta General por los Estatutos o por mandato de la Ley; y respecto de los Consejeros Delegados dice que serán nombrados por el propio Consejo, «determinándose sus facultades y poderes». En la Instancia se cuestionó el ámbito de la representación, enfatizando en que el nombramiento de Consejero Delegado fue sólo para «asuntos financieros», como así efectivamente consta. Debe añadirse, asimismo, que el aval fue confirmado al Banco descontante antes que procediera éste al descuento de las letras, mediante carta emanada por la Aseguradora, suscrita por el mismo Consejero Delegado, de fecha 8 de marzo de 1979, y que constituye el folio 3. Finalmente, que las letras fueron creadas para la Entidad libradora en el concepto de pago de los servicios prestados por la misma a la Entidad aceptante «E.», la cual era accionista mayoritario de la Aseguradora.

Debe apreciarse infracción del artículo 76 de la Ley de Sociedades Anónimas, que el motivo invoca, junto con los preceptos del Derecho Público del Seguro, que asimismo cita, y sobre los que luego se volverá, complejo preceptual que regula la representación de los órganos sociales refiriéndola básicamente a los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la empresa. En el caso de la demandada quiso establecerse un órgano de administración provisto de los poderes más amplios («todo cuanto no esté atribuido a la Junta General por los Estatutos o por mandato de la Ley»). Con todo, la representación no puede desconectarse de ese «giro y tráfico» dentro del objeto social definido en el artículo 2 de la escritura social, a tenor del cual: «La Compañía tiene por objeto realizar toda clase de operaciones de seguros y reaseguros; operará en los ramos de seguros de incendios, robo, accidentes de toda naturaleza, sobre la vida humana en sus variadas formas, vida en todas sus modalidades y, además, podrá extender sus operaciones a otras ramas del seguro, previo acuerdo en cada caso del Consejo de Administración». Sus administradores, consiguientemente, sólo están facultados para esas operaciones y las que con ellas se relacionan, pero no para afianzar operaciones cuyo interés es ajeno a la Sociedad. Era necesario para la validez del aval el que en los Estatutos figurara la concreta facultad de avalar o la de afianzar en términos generales, lo que, según acaba de comprobarse, no ocurre, por lo que se precisaba acuerdo de la Junta General, si es que podía adoptarse, ya que tan lejos se halla el aval del objeto propio de una Aseguradora como que actualmente les está expresamente prohibido a las Sociedades de ese objeto, con antecedente en la letra f) del artículo 14 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Ordenación de los Seguros Privados, «el otorgamiento de avales o garantías distintas de las propias de la actividad aseguradora, salvo que hayan obtenido autorización del Ministerio de Economía y Hacienda y, en su caso, de los Ministerios competentes»; prohibición contenida en el artículo 3 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado, y reproducida, claro está, en el 5 de su Reglamento.

RICARDO DE ANGEL.

COMPRAVENTA DE INMUEBLES: LA RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR-VENDEDOR (ES DE NATURALEZA CONTRACTUAL). INICIO DEL COMPUTO DE LA PRESCRIPCION. CONGRUENCIA (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Sánchez Jáuregui.

La adecuada solución de los temas que el presente recurso plantea impone dejar constancia de las aseveraciones fácticas que, con claridad y precisión, se consignan en el primer considerando de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, asumido por la recurrida, según las que la demandada, «Inmobiliaria X., S. A.», promocionó la construcción del edificio al que actualmente corresponden los números 72 y 74 de la avenida..., enajenando las viviendas resultantes en régimen de propiedad horizontal a los aquí demandantes o causantes de los mismos, presentando el edificio en cuestión en la actualidad, según literalmente se afirma en el apartado cuarto del mencionado considerando, «agrietamiento general, destacando por su apariencia en las siguientes zonas: núcleo de escalera, fachadas transversales, patios, tabiquería y su estado, principalmente referido al núcleo de escalera, amenaza riesgo de colapso por agotamiento de estructura, de forma que si el edificio no es desalojado, la escalera debe ser apeada, según informa el perito nombrado al efecto»; añadiendo que la aparición de las referidas grietas fue denunciada por el Secretario de la Comunidad de Propietarios del inmueble mediante carta fechada en Madrid el 4 de noviembre de 1980, denuncia que atendió, en principio, «X., S. A.», haciendo una visita de inspección mediante su personal técnico, quienes consideraron que se trataba de un asiento de cimentación que no revestía peligro; pero que como quiera que las grietas seguían produciéndose y avanzando, la Comunidad de Propietarios se dirigió a la Sociedad «O.», la que previos los estudios y comprobaciones oportunas remite a la Comunidad su proyecto de consolidación del edificio, redactado en diciembre de 1982 y se amplía en marzo de 1983, especificando, por último, el mencionado razonamiento de la resolución del Juzgado, que las causas del actual deterioro del edificio, principalmente de las grietas que lo arruinan, se pueden concretar, según los dictámenes técnicos, en los dos siguientes: «por un lado, a un fallo del terreno provocado por rotura de las instalaciones de saneamiento hace algunos años, que produjo, sin duda, encharcamientos en el terreno, normalmente seco, y, sobre todo, y posteriormente, por el levantamiento de zanjas para intentar un posible recalce del edificio, y de otro, en que tanto el cuello como la campana de cimentación del edificio están formados por un hormigón ciclópeo de no buena calidad, pues se compone de bolos y mortero pobre como trabazón; que los cimientos no se apoyan en un suelo apto, ya que éste se forma de arcilla de gran plasticidad, que en su estado de anhídrido ofrecen mucha dureza, pero entumecido prácticamente carecen de capacidad portante».

No se cuestiona en la Instancia ni en el recurso que «Inmobiliaria X., Sociedad Anónima», encomendara a un determinado Arquitecto la realización del proyecto de construcción del edificio; encargó la ejecución de la obra a una Sociedad filial y designó al Arquitecto que actuó en la direc-

ción de la misma, quien expidió, a finales del año 1962, el oportuno certificado de su conclusión, y que las viviendas resultantes fueron vendidas por la referida «Inmobiliaria» a sus actuales propietarios, y en algunos casos a sus causantes, durante el transcurso del año 1963. También es de poner de relieve que el día 21 de marzo de 1975, el Presidente de la Comunidad de Propietarios del edificio dirigió carta a «X., S. A.», poniéndole en su conocimiento que había aparecido en la cámara del sótano agua, saliendo al exterior, siendo muy claro el color de ésta, tratando de secar las arquetas, y que al día siguiente había vuelto a surgir el agua, rogándole el envío de un facultativo para ver su procedencia.

En el suplico de la demanda inicial de las actuaciones se postula la declaración de la existencia de una negligencia por omisión de los más elementales deberes de construcción por parte de la demandada, «Inmobiliaria X., S. A.», y la condena de ésta a la indemnización por daños correspondientes al importe de las obras que para la estabilización y consolidación del edificio venían determinadas por el informe pericial acompañado como documental con la demanda, o aquellas que por perito se fijara en el período probatorio, así como la indemnización correspondiente al desalojo que de las viviendas habrían de efectuar los propietarios del inmueble para su consolidación, pretensión acogida por la sentencia del Juzgado, aunque concediendo a «X., S. A.», la alternativa de llevar por sí misma a efecto las obras necesarias, y que apelada fue confirmada en su integridad por la resolución de la Audiencia, aquí recurrida, que aceptó y dio por reproducidos sustancialmente los razonamientos y fundamentos de Derecho contenidos en los considerandos de aquélla. La resolución de la Audiencia es impugnada en el presente recurso por «X., S. A.», a través de seis motivos, deducidos los tres primeros por la vía del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cuarto y quinto por el cauce del número 5.º del propio artículo y el sexto con amparo procesal en su número 3.º, lo que determina su preferente análisis.

Doctrina de la Sala.—Con el amparo procesal dicho del número 3.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se articula el sexto motivo del recurso, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, entendiendo la recurrente que tanto la sentencia dictada en Primera Instancia, como la pronunciada por la Audiencia Territorial, que confirma la anterior, lo había sido con infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige la congruencia de la sentencia con la demanda y demás pretensiones deducidas por las partes, desarrollándose el motivo con base en la alegación de que la demanda se fundamentó en la responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil y no en la contractual de su artículo 1.591, ya que, sin duda, los demandantes estaban convencidos de que la ruina se había producido mucho después de transcurridos los diez años que establece el último precepto citado. El motivo ha de ser desestimado, pues contrariamente a lo sostenido por la recurrente en los alegatos que le sirven de fundamento hay que poner de relieve, en primer lugar, que existe una perfecta concordancia entre el fallo de la resolución impugnada y lo postulado en el suplico de la demanda; en segundo lugar, porque en dicho fallo se guarda el debido acatamiento a lo que fue el componente fáctico y jurídico de la pretensión ejercitada, al reiterarse en los hechos de la demanda la cualidad de promotora-vendedora de las viviendas radicadas en el edificio objeto de la litis de la Entidad recurrente, y expresarse en el último párrafo del segundo de

sus fundamentos de Derecho que la Entidad demandada estaba legitimada pasivamente «como consecuencia de la relación contractual de la compra-venta y como constructores que fueron de los edificios en cuestión, según deviene de cada una de las escrituras que se acompañan como documentos a este pleito», lo que determina el acierto del razonamiento contenido en la sentencia del Juzgado, según el que, como resulta de la propia naturaleza de los hechos enjuiciados, no se estaba ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, sino de la que derivaba de la relación jurídica contractual existente entre los actores y la Sociedad que promovió la construcción del edificio y vendió las viviendas y locales del mismo, y, por ende, la corrección con que aplicó a la resolución de las cuestiones planteadas en el litigio la normativa legal atinente a los contratos, sin incidir por ello en vicio de incongruencia. Por último, no ha existido por la circunstancia de que la sentencia recurrida no aplicara la normativa contenida en el artículo 1.902 del Código Civil, indefensión alguna para la parte recurrente, habida cuenta de que la indemnización de daños y perjuicios postulada en la demanda podía derivar tanto de lo que dicho precepto dispone, como de lo establecido en el artículo 1.101 del citado Código, también invocado en el fundamento de Derecho tercero de la demanda.

Las conclusiones fácticas de la sentencia del Juzgado, puestas de relieve en el primero de los fundamentos de Derecho de esta resolución, se extraen por la referida sentencia «del examen y valoración de las pruebas practicadas, principalmente de la documental, el informe pericial y el reconocimiento judicial», conclusiones fácticas que en el recurso se tratan de desvirtuar, articulando al efecto, por la vía del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los motivos primero, segundo y tercero, en los que prescindiendo del contenido de la norma legal que ampara su formulación, «error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos», se efectúa un análisis de pruebas de distinta índole y se sientan como consecuencia de tal análisis unas apreciaciones del resultado probatorio discrepantes de las establecidas por el órgano jurisdiccional, lo que no es lícito verificar por el cauce elegido, pues, de una parte, el error a que el precepto que posibilita la casación se contrae ha de resultar de «documento» y no de probanzas de otro carácter, aunque, como es obvio, su práctica haya sido «documentada» en autos, y de otra, los documentos en cuestión han de poner de manifiesto sin necesidad de deducciones o hipótesis la equivocación del juzgador, «sin resultar contradichos por otros elementos probatorios». Ninguno de los apuntados requisitos se dan en los motivos en análisis, ya que, en lo referente al primero, si bien el informe emitido por «O.», acompañado con la demanda, podría concedérsele valor de «documento» en razón a que se lo atribuyen ambas partes litigantes, no sucede lo mismo respecto al dictamen del perito Arquitecto acordado para mejor proveer por el Juzgado, sin que de ninguna manera pueda conjugarse, como se verifica en el motivo, el contenido del informe y del dictamen para obtener una determinada conclusión, aislando afirmaciones establecidas en los mismos, escogiendo las que le favorecen; en lo que afecta al segundo, basta la lectura de su enunciado para establecer, con mayor razón aún que en lo atinente al primero, que lo que se pretende por la recurrente es someter a la censura de este Tribunal una serie de elementos probatorios, convirtiendo, en definitiva, lo que el recurso de casación significa en

una Tercera Instancia, e igual tacha es dable predicar respecto al motivo tercero, por lo que procede, en su consecuencia, la desestimación de los mismos.

En el motivo cuarto del recurso, se tacha a la resolución impugnada de haber infringido lo dispuesto en el artículo 1.591 del Código Civil, con la pretensión de que al hacer aplicación de tal precepto no se computó el plazo de diez años desde la terminación de la obra hasta la manifestación del daño, sino desde aquel primer momento hasta otro —deducido gratuitamente— en que se supone ocurrida la ruina. El motivo ha de ser desestimado, pues la sentencia del Juzgado y la de la Audiencia, aunque hacen referencia a la responsabilidad del contratista cuando se origina la ruina por vicios en la construcción, con expresa cita de lo dispuesto en el artículo 1.591 del Código Civil, en orden a la responsabilidad atribuible a la Entidad demandada en su calidad, no discutida, de promotora y vendedora, la derivan de los contratos de compraventa por los que transmitió las viviendas y locales radicantes en el edificio, por lo que, al margen de la responsabilidad decenal que el artículo 1.591 del Código Civil sanciona, corresponde a la demandada aquella otra que por el incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le correspondan, entre las que destaca por su fundamental importancia la de que la cosa objeto de la convención reúna las condiciones que la hacen apta para ser habitada, lo que no sucede cuando existen vicios en la construcción determinantes de su ruina, dando lugar cuando ésta se manifiesta a la correspondiente acción indemnizatoria, cuyo lapso de prescripción es el de quince años, establecido en el artículo 1.964 del Código Civil, y la raíz de inicio para su cómputo ha de contarse desde el día en que la acción pudo ejercitarse, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.969 del citado Código sustantivo, y en el caso de la controversia cuando se manifestaron externamente los indicios de la ruina.

Igual suerte adversa corresponde al quinto motivo del recurso, último que resta por analizar, en el que también se acusa a la sentencia recurrida de haber infringido la normativa legal contenida en el artículo 1.591 del Código Civil, pero ahora bajo el prisma de que al admitir la referida sentencia como una de las causas determinantes de la ruina del edificio la existencia de vicio en el suelo sobre el que había sido construido, ello determinaba la responsabilidad del Arquitecto autor del oportuno proyecto, lo que implicaba que al no haber sido éste demandado, no procediera el pronunciamiento de condena recaído contra la recurrente. El motivo, por idénticos razonamientos a los que han servido de base para desestimar el que le antecede, no puede prosperar, habida cuenta de que se condena a la Entidad demandada por incumplimiento contractual derivado de su condición de promotora y vendedora de los locales radicados en el edificio, y que nada empece a que la misma pueda exigir al Arquitecto con quien contrató el proyecto la indemnización que crea corresponderle, en razón a la incidencia que el vicio del suelo haya podido tener en la ruina de la edificación.

RICARDO DE ANGEI

CONTRATO DE TRANSPORTE. APLICACION DE LA CONVENCION C. M. R. DE GINEBRA DE 1956. DIFERENCIA ENTRE CONTRATO DE TRANSPORTE Y CARTA DE PORTE. INEXISTENCIA DE RELACION JURIDICA ENTRE CARGADOR Y TRANSPORTISTA SUBCONTRATISTA (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Eduardo Fernández-Cid de Temes.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Bilbao, en su Sentencia de 22 de julio de 1985, confirmatoria (salvo en la imposición de costas) de la del Juzgado de Primera Instancia, sienta, como realidades de las que ha de partirse para la resolución del presente recurso, que Electrónica A., S. A., contrató con Transportes U. el traslado de ciertas mercancías desde Munguía a Milán, pagándole el precio, si bien la carta de porte se firmó por N., S. A., quien, a su vez, subcontrató con A. F., S. L., reclamando la primera Entidad de las otras tres el pago, con carácter solidario, de los daños sufridos por dichas mercaderías al volcar en Francia el camión que las transportaba; aludidas sentencias condenaron a las dos primeras demandadas, pero absolvieron a la tercera, reservando a aquéllas las acciones que les correspondiesen por sus relaciones internas. Don José Luis G. y don José Antonio U., propietarios de Transportes U., y N., S. A., recurren en casación.

Doctrina de la Sala.—De los cuatro motivos formulados por Transportes U., el primero acusa a la sentencia de Instancia error en la apreciación de la prueba, al amparo del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y los otros tres infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, con base en el número 5.º del propio precepto.

El primer motivo pretende demostrar que la única intervención que tuvo Transportes U. en el contrato de transporte lo fue a título de mediación y favor, para poner en contacto a la Empresa cargadora Electrónica A. con la porteadora-transportista N., y cita como documentos de los que se desprende tal hecho la carta de porte firmada por las otras dos Entidades en 8 de junio de 1979, así como las facturas y letras de cambio giradas por ella en 2 de julio del propio año. El perecimiento del motivo es claro: tales documentos no revelan por sí mismos, sin necesidad de exégesis, deducciones o inferencias, lo que se pretende acreditar, y menos aún la equivocación del juzgador al afirmar, mediante una apreciación conjunta de la prueba, que U. convino con la actora las condiciones del contrato, se hizo cargo de su efectiva consecución, le cobró el precio estipulado por el transporte y las primas del seguro complementario, siguió de forma directa e inmediata las incidencias de la expedición desde la carga hasta el examen de los daños tras la avería y obtuvo por todo ello un lucro, estándole prohibido a las partes desarticular la prueba y acogerse únicamente a lo que pueda favorecerles, invadiendo así facultades propias de la Sala de Instancia, cuyo criterio ha de prevalecer por más objetivo y desinteresado, a lo que ha de añadirse que, al igual que el Código de Comercio, la «Convención C. M. R.», hecha en Ginebra el 19 de mayo de 1956, reconoce expresamente el carácter consensual del contrato de transporte, pues si bien señala la carta de porte como docu-

mento fehaciente de la realidad contractual, declara también que «su ausencia no afectará ni a la existencia ni a la validez del contrato de transporte, que seguirá sometido a las disposiciones del Convenio» (artículo 4.º), de lo que se desprende que, perfeccionado el contrato, la responsabilidad de U. se fundamenta en su culpa *in vigilando* o *in eligendo*, pues se obligó a realizar el transporte por sí misma o por medio de otro, lo que hace decaer igualmente los restantes motivos; el segundo, que denuncia aplicación indebida del artículo 17 del C. M. R., porque, al desestimarse el anterior, hace supuesto de la cuestión insistiendo en que U. es un simple mediador, y porque interpreta de modo restrictivo el artículo dicho, incardinado en el capítulo IV, que trata de la «responsabilidad del transportista», pretendiendo calificar como tal no a quien se obliga y garantiza el resultado del transporte (*opus*), sino sólo al que lo realiza por sí mismo materialmente; el tercero, que achaca a la sentencia de Instancia aplicación indebida del artículo 379 del Código de Comercio, porque se remite a las razones expuestas en el motivo primero, olvida lo dicho respecto al artículo 17 del C. M. R., que es el aplicado por la Audiencia, y que ésta se refiere con acierto a dicho artículo 379 diciendo que «en el más infundado supuesto de haber intervenido como comisionista o asentista del contrato en cuestión... quedaría subrogado en las responsabilidades del porteador..., en garantía del cargador o remitente...», afirmación plenamente válida, ya que, al igual que con la solidaridad recogida en el artículo 373, párrafo 3.º, del propio texto legal, a quien se quiere garantizar al máximo es al remitente que contrató la obra, el transporte como resultado, pagando para ello un precio, interpretación finalista que, en lo dudoso o no contradicho expresamente, ha de abarcar el tan nombrado C. M. R.; y el último, que atribuye a la sentencia recurrida inaplicación del artículo 353 del Código de Comercio, al entender el recurrente que la carta de porte es el único título legal del contrato de transporte, porque tampoco en nuestro texto legal es un contrato formalista, sino consensual, que se perfecciona por el simple acuerdo de voluntades (Sentencias de 2 de enero de 1945, 12 de diciembre de 1968 y 8 de marzo de 1982), y la Sala de Instancia mantiene la existencia de dos relaciones jurídicas: la puramente consensual, no recogida documentalmente, entre U. y Electrónica A., S. A., y la existente entre ésta y N., reflejada en la carta de porte con pleno conocimiento de U.

Los cuatro motivos del recurso formulado por N., S. A., se amparan en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El primero dice que la Sala de Instancia interpreta erróneamente el artículo 36 del C. M. R. «al dirigirse la demanda contra N., S. A., la que no fue ni el primero ni el último de los transportistas que intervino en el transporte de la mercancía que se dice dañada o perdida, ni tampoco el que ejecutó la parte del transporte en cuyo curso se produjo el hecho que dio lugar a la pérdida o avería». La desestimación deviene de modo natural, pues la Audiencia ni siquiera cita el precepto que se dice infringido y aparte de su confusa redacción (o traducción) establece, en su inciso final, que «la acción puede interponerse contra varios transportistas a la vez», y es que el artículo 36 forma parte del capítulo VI, con la rúbrica «Disposiciones relativas al transporte efectuado por transportistas sucesivos», supuesto que requiere un transporte sometido a un solo contrato, que se ejecute por sucesivos transportistas, cada uno de los cuales se obligan por la mera aceptación de la mercancía y de la carta de porte (art. 34),

en la que deberán constar su nombre y domicilio, entregando un recibo firmado y fechado, haciendo constar en éste y en el segundo ejemplar de la carta de porte reservas análogas a las previstas en el artículo 8, párrafo 2 (art. 35), nada de lo cual se ha acreditado en el caso que nos ocupa, en el que, cual se ha dicho en el fundamento anterior, se contempla a Electrónica A. en relación doble con U. y N., pero no con A. F., S. L., por «lo que la inexistencia de un solo contrato con sucesivos transportistas» hace decir a la Sala de Instancia con gran acierto: que N. «aun habiendo asumido el transporte originariamente encargado a Transportes U. mediante concierto con los propietarios de esta Empresa por un precio inferior al estipulado por éstos con la actora, quedó *directamente* obligada con ésta como «transportista» con la formalización de la carta de porte en que figuraba como porteadora de la mercancía», constituyéndose en posición de tal frente a la cargadora demandante y no —o no sólo— frente a Transportes U.; que la subtransportista A. F., S. L., es ajena al contrato en cuya virtud accionó la demandante, y que al subcontratar N., S. A., hizo suya frente a las demás partes vinculadas la responsabilidad derivada de los actos y omisiones de A. F. en la ejecución del transporte, arregladamente a lo dispuesto en el artículo 3 del C. M. R., razones todas que hacen decaer igualmente el motivo tercero, en el que se denuncia infracción por inaplicación del artículo 37, apartado 1, subapartado a), al absolverse libremente a A. F., no obstante estar reconocido que era quien realizaba el transporte en el momento del accidente, siendo el conductor empleado suyo, pues al hacer tales afirmaciones olvida el recurrente esa ajenidad de A. respecto del contrato en que se sustenta la demanda, sin perjuicio, claro es, de las acciones que correspondan por sus relaciones internas, cual señala la sentencia recurrida.

En el segundo motivo denuncia N. interpretación errónea del párrafo primero del artículo 32 del C. M. R., en relación al párrafo 3 del propio artículo 944 del Código de Comercio y artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para concluir de todo ello que la acción había prescrito. Su decaimiento se produce porque la prescripción extintiva, cual tiene declarado con reiteración esta Sala, al ser instituto no asentado en principios de justicia intrínseca, merece un tratamiento considerablemente restrictivo y va ligado a una idea de abandono o inactividad, cosa que no ocurre en el caso que nos ocupa, ya que ocurrido el accidente el 13 de junio de 1979, tratando de cumplir disposiciones legales, se demanda ante la Junta de Detasas el 10 de abril de 1980, notificándose su dictamen, emitido previo intento de conciliación, el 13 de octubre de 1980, y apareciendo presentada a reparto la demanda origen de este litigio el 1 de diciembre del propio año, ha de tenerse en cuenta, conforme a la Sentencia de 31 de marzo de 1955, que el artículo 2 del Decreto-ley de 2 de septiembre de 1947 interpreta o aclara lo establecido en la Ley de 24 de junio de 1938, que en el artículo 60 dice que el plazo de prescripción interrumpido se reanuda desde que al interesado le notifiquen la actuación de la Junta, y la significación jurídica y gramatical de las palabras «interrumpirá», «se reanuda» y «se continuará» evidencia que, a efectos de prescripción, ha de computarse el plazo del año atendiendo al tiempo pasado hasta la presentación de la reclamación a la Junta y el posterior a la actuación de ésta a partir de la notificación del acuerdo adoptado por la misma, resultando la prescripción si con las sumas de ambas etapas conjuntamente se ha cumplido el año, pero no en caso contrario, criterio que,

lejos de contradecir, ratifica la Sentencia de esta Sala de 19 de diciembre de 1944, citada por el recurrente, ya que en el mismo considerando en que señala el matiz diferencial entre la reclamación gubernativa y el acto de conciliación, apunta su similitud en cuanto ambos obstan a la entrada en el pleito, y concreta que hasta que se comunicó mediante certificación a los interesados el acuerdo, no quedó expedito el camino de la reclamación judicial, que en el caso contemplado por el presente recurso aparece presentada dentro de los dos meses siguientes a aquella comunicación (igual criterio se mantiene en Sentencias de 22 de diciembre de 1950, 15 de diciembre de 1955, 16 de diciembre de 1956 y 30 de octubre de 1971).

En el cuarto y último motivo, N. acusa a la sentencia de Instancia de infringir, por su no aplicación, los párrafos 1, 2 y 4 del artículo 23 y párrafos 1 y 2 del artículo 25 del C. M. R., al no haberse practicado la valoración de los daños conforme a las reglas imperativas que dichos preceptos fijan. Afirmándose en la sentencia que la valoración de los daños realizada por G. A. B. de España se emitió con absolutas garantías para las partes y que su estimación es muy inferior en la cuantía a la del informe pericial emitido en autos con arreglo a las previsiones del artículo 23 del C. M. R.; no combatidas tales afirmaciones fácticas conforme al cauce adecuado (núm. 4.º del art. 1.692) y no justificándose el interés del recurrente por una condena a abonar mayor cantidad, es obvio que el motivo no puede ser acogido.

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE OBRA: RESPONSABILIDAD POR RUINA. RESPONSABILIDAD DEL APAREJADOR. PRUEBA PERICIAL. SIGNIFICADO PROCESAL DE LA ADHESION A LA APELACION (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don José Luis Albácar López.

Promovido por la Comunidad de Propietarios de la casa número 4 de la calle..., de Córdoba, ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de la misma capital, demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don José Antonio S. C.; don Manuel S. G.; la Compañía Mercantil «X., S. A.»; don Juan C. M.; don Rafael M. M., y don Rafael N. M., sobre indemnización de daños por ruina de la aludida casa, con fecha 18 de enero de 1984 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Sevilla en la que, estimando en parte el recurso de apelación entablado por adhesión por la Comunidad citada y desestimando el interpuesto por la Sociedad «X.» contra la sentencia dictada por el referido Juzgado el 14 de mayo de 1982, se estimaba, también en parte, la demanda; sentencia contra la que se interpusieron por los demandados sendos recursos de casación por infracción de Ley y en la que se sientan, entre otros, los siguientes hechos: A) Que entablado únicamente por la demandada, «X., S. A.», recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, se adhirió posteriormente, en el trámite de instrucción, la Comunidad de Propietarios demandante, pretendiendo la condena de los Arquitectos y Aparejadores que habían sido absueltos por la sentencia de Primera Instancia.

B) Que la prueba practicada, y especialmente los dictámenes periciales emitidos, acreditan que en el edificio de que se trata, y aproximadamente a los seis años de su construcción, se revelaron varios defectos, que pueden agruparse en tres apartados, de los cuales, en relación con los dos primeros, referentes a la cámara de aire bajo el primer forjado, y a los patios, voladizos y caja de escalera, no existe prueba suficiente de que se hubieran producido por vicios o faltas en la dirección o ejecución de la obra, en tanto que el tercer apartado, relativo a los defectos de la azotea, donde los pretilos de obra no tienen la resistencia debida, por lo que presentan desplomes y abombamientos en gran parte de sus alineaciones, y en que existen filtraciones a las viviendas de la última planta por una mala impermeabilización de aquélla, son, sin duda, atribuibles, según la misma prueba, a una ejecución deficiente por empleo de mano de obra inadecuada y a haberse realizado la misma sin ajustarse al proyecto correspondiente.

Doctrina de la Sala.—El primero de los recursos de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Territorial lo fue por don José Antonio S. C. y don Manuel S. G., y se basa en dos motivos, de los cuales el primero de ellos se formula al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea del artículo 858 de dicha Ley Rituaria, alegando que el recurso de apelación interpuesto por adhesión por la Comunidad de Propietarios actora y hoy recurrida contra la sentencia de Primera Instancia, no podía dar lugar a una condena de los demandados, que absueltos en Primera Instancia, no formularon recurso contra la misma, ya que, según se afirma por los recurrentes, el recurso de apelación por adhesión tiene unos límites subjetivos que sólo se extienden al que apela, pero sin que puedan perjudicar a quienes consintieron la sentencia, motivo éste que debe perecer en atención a las siguientes razones: Primera: Que tiene declarado esta Sala que la adhesión a la apelación se configura en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil como un recurso de apelación autónomo, bien que subordinado en cuanto al tiempo; consiguientemente, el que se adhiere al recurso se convierte en verdadero apelante en cuanto a los aspectos que han sido objeto de la adhesión; y asimismo, que el artículo 858 ni condiciona ni limita el alcance y efectos de la adhesión a la apelación, como aparece claramente del párrafo «sobre los puntos en que crea le es perjudicial la sentencia» sin excluir ninguno de ellos, teniendo, en consecuencia, la Sala de Apelación plenas facultades para el estudio y tratamiento de los temas señalados en el pertinente escrito de adhesión (Sentencias de 16 de febrero de 1920, 25 de febrero de 1944, 22 de junio de 1948, 22 de junio de 1958, 30 de noviembre de 1964, 20 de noviembre de 1976 y 18 de marzo de 1985). Segunda: Que en el supuesto que nos ocupa, recurrida la sentencia del Juzgado por la Entidad demanda, «X., S. A.», y habiéndose adherido a tal apelación la Comunidad de Propietarios actora respecto a los extremos que explicita en el escrito de adhesión, entre los que figura el relativo a la condena de los técnicos demandados, es obvio que, por aplicación de la doctrina jurisprudencial anteriormente reseñada, ha de entenderse que la citada Comunidad se convirtió en verdadera apelante en orden a tal pedimento y punto, por lo que la Sala de Apelación tenía plenas facultades para conocer y fallar en tal materia, lo que implica la expresa desestimación de este primer motivo.

Tampoco habrá de prosperar el segundo, que al amparo del número 1.º

del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia aplicación indebida del artículo 1.591 del Código Civil, alegando que los daños causados en la casa propiedad de la Comunidad actora son atribuibles a una ejecución deficiente de la obra por empleo de mano de obra inadecuada, por lo que entiende que la responsabilidad de tales defectos incumbe únicamente al contratista y no a los Aparejadores recurrentes, sin tener en cuenta que la resolución recurrida atribuye tales defectos no sólo a la ejecución deficiente, sino también a «haberse realizado la misma (obra) sin ajustarse al proyecto correspondiente», afirmación fáctica ésta no combatida por los recurrentes por la única vía apta para ello, la número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que ha devenido inalterable, y si a ello se une que es reiterada doctrina jurisprudencial que el Aparejador, como colaborador técnico de la construcción, viene sometido a responsabilidad en lo concerniente a la solidez del edificio y perfecta acomodación de las obras a los proyectos del Arquitecto (Sentencia de 1 de enero de 1985), claramente se deduce la improsperabilidad de este segundo motivo, y con ella la del recurso interpuesto por los citados Aparejadores, a quienes se impondrán las costas causadas en el mismo.

El segundo de los recursos de casación fue interpuesto por los demandados don Juan C. M., don Rafael M. M. y don Rafael N. M., y se basa en tres motivos, de los cuales, el tercero, que denuncia error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obran en autos y demuestran la equivocación evidente del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, debe ser estudiado con prioridad a los dos anteriores, estudio que deber abocar a su desestimación, toda vez que presenta como tales documentos, de los que dice resultar el error en la apreciación de la prueba los informes periciales emitidos por un doctor Arquitecto, sin tener en cuenta que ninguno de ellos alcanza el carácter de documento, ya que no son otra cosa que la forma de documentar judicialmente un medio de prueba, el pericial, que debe ser valorado libremente por el Tribunal sentenciador de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin que sus resultados puedan ser combatidos en casación, salvo los supuestos en que las conclusiones probatorias puedan ser calificadas, lo que no sucede en el presente caso, de ilógicas, por lo que al decaer este primer motivo permanece inmutable el supuesto fáctico, ya expuesto en los fundamentos de Derecho que estudiaban el anterior recurso, de que la obra de la azotea se realizó sin ajustarse al proyecto correspondiente.

Que, finalmente, no mejor fortuna habrán de merecer los motivos primero y segundo de este segundo recurso, amparados ambos en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, y que acusan, respectivamente, aplicación indebida o interpretación errónea del artículo 1.591 del Código Civil y del artículo 1.596 del mismo Cuerpo legal, haciendo supuesto de la cuestión al partir de la base errónea de que los defectos de la obra únicamente eran imputables a la ejecución deficiente por empleo de mano de obra inadecuada cuando, como acabamos de decir, la resolución recurrida los atribuye también a su realización sin ajustarse al proyecto correspondiente, función ésta, la de vigilar que la obra se adapte al proyecto, que obviamente incumbe a los Arquitectos directores de la misma, por lo que, al no haberla cumplido, corresponde a los demandados la consiguiente responsabilidad, habiéndose, en su consecuen-

cia, de desestimar también estos dos motivos y con ellos el recurso, con imposición a los recurrentes de las costas causadas en el mismo.

RICARDO DE ANGEL

NULIDAD DE CONTRATO: POR FALTA DE CAUSA (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Rafael Pérez Gimeno.

En la demanda que inicia la litis se solicita por los actores, don George y doña Joyce L., de nacionalidad británica, la nulidad del contrato celebrado con el demandado, don Tomás S. J., en el que se expresa que dichos actores venden y el demandado compra la tercera parte indivisa de los locales números 6 y 24 del Complejo «X.»; nulidad que basan en la concurrencia de error sustancial en el consentimiento prestado por los demandantes y en el dolo grave en la conducta del demandado. El demandado, tras interesar la absolución de dicha pretensión de nulidad, reconviene suplicando se condene a los actores a otorgar escritura pública de compraventa a su favor de la citada tercera parte indivisa de dichos locales. La sentencia de la Audiencia, aquí recurrida, después de revocar la del Juzgado, declara nulo el expresado contrato de compraventa, con desestimación de la reconvenición. Sirven de soporte a tal pronunciamiento las siguientes afirmaciones básicas: a) El precio figurado en el contrato, de 500.000 pesetas, «no sólo fue simbólico, sino ficticio, ya que los actos coetáneos y posteriores... demuestran paladinamente que no hubo ni podía haber transferencia de metálico a favor de los cónyuges demandantes». b) No puede hablarse de un precio irrisorio confesado... «completado por su trabajo personal diario en la explotación del negocio sin ninguna remuneración o salario...», pues «... la explotación viene satisfecha por la tercera parte de los ingresos». c) «... Estamos no ya en presencia de un contrato de compraventa sin causa, al no existir un precio real y verdadero, y como tal nulo absolutamente e inexistente, sino ante la presentación de una apariencia que mueve la voluntad de los actores erróneamente a dar su consentimiento a un contrato de compraventa inexistente —artículo 1.265 del Código Civil—, y se recurre a palabras insidiosas en cuanto a la fijación del precio, y se convence a los actores para que toda la documentación conste a nombre del demandado...».

Doctrina de la Sala.—El estudio del presente recurso debe empezar por el motivo tercero, apoyado en los ordinales 4.º y 5.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, y en el que se denuncia la infracción del artículo 1.274 del Código Civil, en relación con el documento de 30 de mayo de 1980 obrante en autos, consistente en el contrato privado de compraventa de la repetida tercera parte de los locales de negocio y constitución de una Sociedad particular para la explotación de la industria de bar en dichos locales, que vino a sustituir a un anterior arrendamiento, documento reconocido que, a entender del recurrente, demuestra la equivocación del juzgador; motivo que no puede prosperar, no sólo porque el citado documento ha sido analizado minuciosamente por el Tribunal de Instancia

y de él ha extraído, en conexión con los demás elementos de convicción existentes en el proceso, las conclusiones anteriormente señaladas, sino también porque con independencia de las relaciones contractuales existentes con anterioridad a la firma de tal documento de 30 de mayo, es lo cierto que la sentencia recurrida, sin que aparezca desvirtuado, afirma que la actividad de vigilancia y dirección durante el tiempo invertido en la instalación del bar no era retribuida ni podía serlo porque el contrato daba por existente tal instalación, y «... la explotación (del negocio) viene satisfecha por la tercera parte de los ingresos...», lo que implica que en la aparente transmisión de la tercera parte de la propiedad de los locales no concurría la contraprestación que el citado precepto define como causa de los contratos onerosos, pues la participación en los beneficios implicaba contraprestación a su dedicación a la explotación del negocio.

Desestimado el tercer motivo, carecen de base de sustentación los dos primeros, amparados en el ordinal 5.º del artículo 1.692, y en los que se denuncia la infracción de los artículos 1.261, 1.269 y 1.270 del Código Civil, infracción que no puede prosperar por fundamentarse en hechos no reconocidos por la sentencia recurrida y no acreditados por el cauce del motivo anterior, por lo que al afirmar que en el contrato de 30 de mayo de 1980 concurren todos los requisitos necesarios para la existencia de un contrato de compraventa, o al negar que en la celebración del mismo no interviniera el dolo causante del contrato, está haciendo supuesto de la cuestión y sustituyendo su propio y personal criterio por el más objetivo del juzgador, lo que lleva a la repulsa de los citados motivos.

RICARDO DE ANGEL

RESPONSABILIDAD CIVIL: POR ACCIDENTE AEREO. DILIGENCIA EXIGIBLE EN LA RESPONSABILIDAD POR CULPA. PRESCRIPCION DE LA ACCION: NO ES APLICABLE LA DE SEIS MESES (DE LA LEY DE NAVEGACION AEREA) AL CASO DE COMPETICION DEPORTIVA (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1987).

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

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Ramón López Vilas.

Doctrina de la Sala.—Al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la recurrente única del presente recurso acusa a la sentencia de la Audiencia de incurrir en «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», citando al efecto el documento que obra al folio 159 de los autos y que la recurrente trata de magnificar afirmando que «emitido por la Autoridad competente para entender en todo lo relativo a la navegación aérea, según dispone el artículo 8 de la Ley sobre Navegación Aérea de 21 de julio de 1960, afirma que el accidente fue un caso fortuito».

El motivo debe ser desestimado porque, al margen de que el documento referido, consistente en escrito de calificación del auditor, forma parte de las diligencias previas instruidas por la Autoridad militar com-

petente, y en él se dice que los hechos no revisten «relevancia suficiente para ser constitutivos de delito o falta imputables a persona determinada», es lo cierto que la doctrina jurisprudencial de esta Sala de manera constante viene reiterando que si bien el artículo 1.902 del Código Civil descansa en un básico principio culpabilista, no cabe desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, a lo que debe añadirse como criterio complementario, dentro de pautas adecuadas, el de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirla en fundamento único de la obligación de resarcir (Sentencias, entre las más recientes, de 21 de junio y 1 de octubre de 1985, y 31 de enero, 2 de abril y 17 de diciembre de 1986), lo que permite entender que para responsabilizar una conducta no sólo ha de atenderse a esa diligencia exigible según las circunstancias personales y de tiempo y lugar, sino además al sector del tráfico o de la vida social en que la conducta se proyecta, para determinar si el agente obró con el cuidado, atención y perseverancia apropiadas y con la reflexión necesaria para evitar el perjuicio a personas o bienes jurídicamente protegidos (Sentencias, entre otras, de 23 de marzo de 1982 y de 17 de diciembre de 1986), lo que en el caso presente no aconteció a la vista del resultado dañoso producido de forma individualizada en una sola de las avionetas participantes en la competición deportiva, lo que, en principio, parece traslucir el fallo o la falta de previsión suficiente en quien manejaba la concreta aeronave accidentada, con resultado de muerte para sus ocupantes.

Con base en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el segundo motivo denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico por entender que debería haberse aplicado al supuesto litigioso la prescripción semestral del artículo 124 de la Ley sobre Navegación Aérea de 21 de julio de 1960.

El motivo ha de ser rechazado, ya que el plazo excepcional de prescripción de seis meses que restrictivamente establece el citado artículo 124 de la Ley de Navegación Aérea para el «transporte de viajeros y mercancías», no es de aplicación a casos como el aquí contemplado de daños causados por aeronaves no utilizadas para el transporte, sino para prácticas deportivas, en las que los ocupantes no tienen en realidad la condición de «viajeros», a que se refiere el artículo 115 de la propia Ley especial, que encabeza el capítulo consagrado a «la responsabilidad en caso de accidente», sino de «participantes» en la competición deportiva de que se trate, lo que se proyecta también en la pretendida aplicación al caso del artículo 150 de la repetida Ley, que dispone la sujeción a las disposiciones de dicha Ley, «en cuanto les sean aplicables», de las aeronaves de transporte privado de Empresas, las de Escuelas de Aviación, las dedicadas a trabajos técnicos o científicos y las de turismo y las deportivas, con fijación al respecto de excepciones expresas, entre las que, en primer lugar, se dispone que «no podrán realizar ningún servicio público de transporte aéreo de personas o de cosas, con o sin remuneración». En consecuencia, la prescripción aplicable al caso que nos ocupa ha de entenderse que es la del transcurso de un año, establecida en el número 2 del artículo 1.968 del Código Civil para el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del propio Código, siendo indiscutido al efecto que entre la fecha del desgraciado accidente (9 de septiembre de 1978) y la de la interpretación de la demanda (20 de junio

de 1979) no transcurrió el tiempo necesario (un año) para acogerse a la prescripción postulada, que supondría, además (en el caso singular de la prescripción semestral), una limitación añadida a una institución que, por su carácter excepcional, ha de ser interpretada restrictivamente.

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE OBRA: RUINA. CONCEPTO. COMPATIBILIDAD DE LAS ACCIONES DERIVADAS DE LOS ARTICULOS 1.101 Y 1.124 DEL CODIGO CIVIL, CON LAS RESULTANTES DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO Y CON LAS LLAMADAS ACCIONES EDILICIAS (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1987).

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

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

Doctrina de la Sala.—Para el adecuado enjuiciamiento del presente recurso de casación ocurre establecer las siguientes puntualizaciones: A) El juicio de que dimana se rige por demanda presentada por la Comunidad de Propietarios de la casa... de esta capital, frente a C., S. A., que edificó dicha casa y la vendió a los propietarios que constituyen la Comunidad actora, luego de constituirla en régimen de Propiedad Horizontal (escritura pública de 4 de noviembre de 1975). B) Dicha demanda tiene por objeto la pretensión de que se condene a C. «a efectuar de manera inmediata la reparación de la totalidad de los desperfectos y anomalías existentes en los edificios pertenecientes a la Comunidad demandante, así como a la sustitución de los materiales inadecuados empleados en la construcción subsanando plenamente los graves defectos denunciados, y fijándose por el Juzgado plazo perentorio a tales efectos», y «alternativamente, y ante el más que probable incumplimiento de la obligación de hacer a que se contrae la solicitud, se condene igualmente a la Sociedad demandada a que abone a nuestra representada (dice) la totalidad de los gastos que se ocasionen y perjuicios producidos cuya magnitud será definitivamente concretada en trámites de ejecución de sentencia». Los desperfectos y anomalías a que se deja hecha referencia los describe así el escrito de demanda: a) Desprendimientos de bovedillas en diversos pisos. b) Agrietamiento de paredes. c) Existencia de humedades y goteras. d) Deterioros de bajantes. e) Roturas de la distribución de agua caliente. f) Agrietamiento y desprendimiento del «parquet» de las viviendas. C) Invoca en Derecho, y en cuanto al fondo, «los artículos 1.484 y siguientes, así como los concordantes del Código Civil vigente referentes a la compraventa», y «los artículos 1.591 y concordantes del mismo Cuerpo legal, en relación con el contrato de obra» (157). D) En 1 de diciembre de 1976 se convino entre los aquí litigantes «dejar solucionadas todas las cuestiones surgidas entre C., S. A., y la aludida Comunidad de Propietarios con motivo de la construcción del referido edificio y de la venta de los pisos o viviendas del mismo a sus propietarios», estipulándose la entrega de 1.900.000 pesetas por la Constructora a la Comunidad, asumiendo aquélla el compromiso de obrar «en el muro exterior del edificio medianero con la propiedad colindante», en el supuesto de que «aparecieran en la época invernal

manchas de humedad o se comprobara que el aislamiento térmico de dicho muro» no resultara de acuerdo con la normativa aplicable; en cuyos términos dejaron «totalmente solventadas todas las cuestiones pendientes», «renunciando desde este momento dicha Comunidad de Propietarios a cualquier reclamación judicial contra C., excepto las que puedan derivarse de la existencia de vicios o gravámenes ocultos». E) El Juzgado dictó sentencia estimando la demanda y condenando a la Constructora demandada «a efectuar la reparación de los desperfectos existentes en los edificios pertenecientes a la demandante, sustituyendo los oportunos materiales dentro del plazo que se fijará en ejecución de sentencia, y en el supuesto de incumplimiento de la anterior obligación, se condena a C. a indemnizar los daños y perjuicios que se determinarán en ejecución de sentencia». La Audiencia revocó el fallo del Juzgado y desestimó la demanda. El fundamento de este fallo está en haber caducado la acción de los artículos 1.484 y 1.490 del Código Civil por el transcurso de los seis meses con mucha anterioridad a la presentación de la demanda origen del juicio el 11 de abril de 1981, y en ser el artículo 1.591 «claramente inaplicable al presente caso», por cuanto «la pretensión ejercitada de reparación» «arranca no de la ruina de lo edificado o de una parte importante, sino de desperfectos».

Esta Sala viene entendiendo, Sentencias de 3 de febrero y 30 de diciembre de 1986, que no existe incompatibilidad entre las acciones generales de los artículos 1.101, en relación con el 1.103 y el 1.104, y 1.124, con las nacidas de vicios en el consentimiento, conforme a los artículos 1.262 y siguientes y 1.300 y siguientes, con las acciones llamadas edilicias de los artículos 1.484 a 1.486 y 1.490, y, finalmente, con las otorgadas por el 1.591 del Código Civil. Pudo, por consiguiente, la Comunidad demandante utilizar las generales, lo que no ha hecho, y también las edilicias cumulativamente con la del párrafo primero del 1.591, efectivamente ejercitada la de esta última clase, según así lo denotan los fundamentos de Derecho invocados en el escrito de la demanda.

Comoquiera que el plazo de seis meses del artículo 1.490 es de caducidad, según reiteradas declaraciones de esta Sala (véase la Sentencia de 7 de mayo de 1981 y las que en ella se citan), debe juzgarse, como lo hace acertadamente la sentencia impugnada, que tienen que rechazarse las pretensiones de la demanda en cuanto se apoyan en Derecho en la cita de los artículos que regulan las de esa clase, ya que el edificio se terminó en 1975 y la Comunidad de Propietarios estaba constituida con anterioridad al 1 de diciembre de 1976, en que otorgó con la Sociedad demandada el contrato de que luego se hará mérito, habiéndose celebrado el acto de conciliación previa a la presentación de la demanda el 9 de enero de 1981, y deducido la demanda el 11 de abril del mismo año 1981.

No habiéndose ejercitado otras que las acciones edilicias, la demanda habría de ser desestimada, como lo fue en el caso a que recayó la antes citada Sentencia de 7 de mayo de 1981; pero, en el caso, no sólo se ejercitaron dichas acciones, sino también la que otorga el artículo 1.591 por su párrafo primero. La sentencia impugnada declara la existencia de los desperfectos que fundamentan la demanda, y que consisten en desprendimiento de bovedillas en pisos y garajes, fisuras y grietas en zona de torreones de ascensores, humedades y goteras en terrazas y techos de viviendas de la última planta, deterioro de las bajantes, roturas en la instalación de agua caliente y desprendimiento del «parquet»; pero desestima

la reclamación deducida para su reparo, argumentando que el artículo citado es «claramente inaplicable al presente caso, pues hace referencia a la responsabilidad del contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción o del Arquitecto director de la obra cuando la ruina proviniera de vicios del suelo o de la dirección, siendo así que la pretensión ejercitada de reparación de los edificios o, en su caso, la indemnización de los gastos y perjuicios, arranca no de la ruina de lo edificado o de una parte importante, sino de desperfectos». Esta afirmación es correcta en cuanto referida a que no existe peligro de derrumbamiento del edificio; pero la jurisprudencia de esta Sala ha ampliado el concepto de ruina del artículo haciéndolo comprensivo no solamente del derrumbamiento total o parcial, actual o previsible, del edificio por graves defectos afectantes a su estructura o elementos esenciales, sino también a la concurrencia de otros defectos constructivos que por superar a las simples deficiencias o imperfecciones ocurrientes, implican una potencial ruina por pérdida o aparejan su inutilidad para la finalidad o dedicación para que se efectuó la construcción (Sentencias de 5 y 16 de marzo de 1984 y las que en ellas se citan). La Sentencia de 20 de diciembre de 1985, amparándose en las que refiere, concibe la ruina identificada con cualesquiera vicios constructivos graves, entendidos, a su vez, éstos como todos aquellos vicios constructivos que por exceder las meras o simples imperfecciones corrientes significan una suerte de ruina potencial y también (para lo que aquí importa) «todos aquellos otros que hagan la edificación inútil para la finalidad que le es propia» (ruina funcional de las Sentencias de 21 de abril de 1981, 8 de febrero de 1982 y 17 de febrero de 1984). Este concepto obliga a discernir, sobre las imperfecciones alegadas, aquellas que ciertamente dificultan gravemente la utilización de la construcción, como son los desprendimientos, fisuras y grietas, humedades y goteras y desprendimientos del piso, al par que se desechan otros capítulos, como los deterioros de las bajantes y roturas de la instalación de agua caliente, que sobre ser de menor importancia, además, no pueden atribuirse claramente a defectos constructivos, pudiendo originarse en el uso inadecuado de las instalaciones. Para la estimación de la pretensión reparatoria, no será obstáculo el convenio de 1 de diciembre de 1976, ya que los vicios tema de la demanda aparecieron con posterioridad y no se hallan claramente comprendidos en la transacción de esa fecha.

RICARDO DE ANGEL

INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION: EL DE OBLIGACIONES ACESORIAS O SECUNDARIAS (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1987).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

El juicio de que el presente recurso dimana tiene por inicial objeto la condena a la Sociedad demandada, en favor de la demandante, al pago de la cantidad de 3.027.975 pesetas. Existiendo entre ambas Entidades el contrato de 10 de febrero de 1975, de arrendamiento por la propietaria, y aquí demandante, a la arrendataria, ahora demandada, del hotel «V.».

en los términos del documento privado que constituye los folios 4 a 16, la cantidad reclamada se forma por la renta devengada hasta el 30 de octubre de 1976, en que resolviéndose el contrato, tuvo efecto la devolución del hotel por la arrendataria a la arrendadora, esto es, cuatro millones de pesetas, de que se descuentan dos millones capital de cierta letra de cambio, restando, por tanto, otros dos millones, con más 1.027.204 pesetas por faltas en el inventario, desperfectos y facturas. El Juzgado, estimando en parte la demanda, condenó a pagar 1.838.262 pesetas, desestimando la reconvencción del contenido que se dirá. Recurrida dicha sentencia por la Sociedad demandada, la Audiencia emanó la sentencia impugnada, en la cual se consigna que la parte apelante, en el acto de la vista del recurso de apelación, reconoció expresamente la procedencia de la condena en su contra a pagar la cantidad de 666.666 pesetas por la renta no abonada, la de 325.232 pesetas por los defectos en la entrega de efectos y utillaje inventariado y la de 424.879 pesetas por los desperfectos causados, «cuya obligación de pago paladinamente admitió»; precisándose en dicha sentencia, que es la impugnada por el presente recurso de casación, que por tales manifestaciones y por haberse aquietado la parte actora con la sentencia de Primera Instancia, «los únicos problemas a resolver en esta alzada (dice) habrán de ser los formulados a través de la vía reconvenccional respecto a si por estimar bien resuelto el contrato, por su parte, ante el pretendido incumplimiento de la actora, habría de condenarse a ésta al pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, y en cuanto a si procederá o no el abono por la demandada de lo postulado en la demanda por el concepto de facturas dejadas de abonar, y, en su caso, en qué cuantía». Respecto a este segundo particular, la sentencia de la Audiencia reduce la partida o concepto «facturas dejadas de abonar», de la cifra estimada por el Juzgado (421.484 pesetas) a la de 171.209. En cuanto a la indemnización de los daños y perjuicios debidos por el incumplimiento atribuido a la Sociedad demandante, que deniega, establece que «aunque se admitiera que por parte de la propietaria de la industria se contrajo la obligación de conseguir la citada calificación administrativa (de tres estrellas)», «sólo podría estimarse como una obligación accesoria o secundaria, cuyo incumplimiento nunca podría dar lugar a la resolución del contrato», y además, «no habiéndose ni tan siquiera intentado la menor prueba tendente a acreditar que por el hecho de que la industria no obtuviera la calificación turística pretendida tuviera que dejar de explotarse la misma o lo fuera en condiciones menos ventajosas», procede denegar la indemnización, ya que «no estando necesariamente unida a la resolución contractual la indemnización de daños y perjuicios, se exige inexcusablemente la prueba de éstos», sin que la demandada reconviniente «haya ni siquiera intentado demostrar no ya la cuantía de esos pretendidos perjuicios», pero ni siquiera expresado «en qué consistieron los mismos». Este es el único punto remanente que el recurso trae a la consideración de esta Sala, esto es, la procedencia de los daños y perjuicios por incumplimiento contractual achacable a la Sociedad demandante y aquí recurrida, y consistente en no haber conseguido la calificación de tres estrellas.

Doctrina de la Sala.—No es merecedor de acogida el primero de los motivos, por error de hecho en la apreciación de la prueba denotado por documentos, pues, en efecto, no existe duda alguna sobre la existencia y los términos de los pactos de 10 de febrero de 1975 y 30 de octubre

de 1976, sin que puede tratarse como error de hecho haberse pronunciado sobre una solicitud de indemnización basada en el artículo 1.124, que nadie había solicitado, sino la pertinente conforme al artículo 1.101 del Código Civil por incumplimiento de obligaciones. Lo que propiamente se alega en este motivo primero es el haberse interpretado el contrato de arrendamiento de 1975 sin otorgar el merecido relieve a la cláusula séptima, que el recurso conceptúa infringida por la Sociedad demandante, dando paso a la situación de incumplimiento a que conviene el artículo 1.101 citado, a tenor del cual «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados, los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas». Debe, pues, ser desechado este motivo primero.

La cláusula que sirve de apoyo al recurso es la 7.ª del contrato de 10 de febrero de 1975, y a tenor de la misma, «si por exigencia administrativa o legal hubiera necesidad de efectuar cualquier instalación o adicionar en algo lo existente, su importe correrá a cargo de la propiedad», y «será de cuenta de la propiedad igualmente el alta de la industria con categoría de hotel o apartamentos de tres estrellas». La tesis de la Sociedad demandada y aquí recurrente es que la demandante venía obligada, según la cláusula transcrita, de cuyo incumplimiento fluye la obligación de indemnizar que se reclama en la reconvención y en el presente recurso, de agenciar la calificación administrativa mencionada, que al no haberse obtenido, sino otra inferior de dos estrellas, comporta el perjuicio consistente (como antes se comprobó) en «no poder facturar en la categoría pactada y tenerlo que hacer en una inferior». La Audiencia rechazó la pretensión interpretando que la cláusula no contiene la obligación en cuyo incumplimiento se funda la pretensión indemnizatoria y que, en todo caso, se trataría de «una obligación accesoria o secundaria, cuyo incumplimiento nunca podría dar lugar a la resolución del contrato». Bastaría el haber interpretado la Audiencia la cláusula 7.ª litigiosa como acaba de decirse para que el motivo segundo que se considera claudicase, ya que es constante doctrina de esta Sala que la interpretación se inscribe en el *factum* y pertenece soberanamente a los Tribunales de la Instancia. Es cierto, sin embargo, que la obligación de indemnizar puede nacer del incumplimiento no sólo de las cláusulas contractuales básicas, sino de cualquier contravención de lo pactado. No lo es, en cambio, que la cláusula transcrita pueda entenderse del modo que el recurso propone, esto es, obligando a la Sociedad propietaria y arrendadora a obtener la calificación de tres estrellas, ya que, según el tenor literal de la misma, que es el que debe prevalecer, según el párrafo primero del artículo 1.281 del Código Civil, por expresarse en términos claros y que no dejan duda sobre la intención de los contratantes, no contiene otra sustancia obligacional que la de ser «de cuenta de la propiedad» «el alta de la industria con categoría de hotel o apartamento de tres estrellas», igualmente que «cualquier instalación o adicionar en algo lo existente» si se producía «exigencia administrativa o legal». La Sociedad demandante y aquí recurrente venía obligada, por ser la propietaria del establecimiento, a sufragar los gastos que se originaren frente a la Administración del ramo a causa de las exigencias de ésta o por la calificación y apertura de la industria, pero sin dejar comprometida frente a la Sociedad arrendataria

y aquí recurrente unas instalaciones distintas de las existentes, ni una determinada categoría.

RICARDO DE ANGEL

C) ARRENDAMIENTOS RUSTICOS Y URBANOS

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RETRACTO.—LA AFIRMACION HECHA EN UN DOCUMENTO PUBLICO DE QUE LA FINCA ESTA ARRENDADA NO ES PRUEBA PLENA SI LA SALA LLEGA A LA CONCLUSION CONTRARIA APRECIANDO EL CONJUNTO DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1985).

El Grupo Sindical de Colonización, que adquirió unas fincas arrendadas, al parecer, por el antiguo propietario, requirió a los ocupantes para que desalojaran dichas fincas, pero éstos interponen demanda solicitando el retracto ante el Juzgado de Sepúlveda, que admitió la demanda, aunque la Audiencia de Madrid revocó la anterior resolución.

No prospera la casación. La sentencia recurrida afirma que los actores no eran arrendatarios en el momento de la transmisión, a que el retracto se refiere, ya que si lo fueron antes habían perdido la posesión arrendaticia, ya que, sujetas a concentración parcelaria, no habían poseído las fincas de reemplazo, que son las enajenadas a título oneroso por sus propietarios. La afirmación hecha en escritura pública de que una finca está arrendada no es prueba plena, según el artículo 1.215 del Código Civil, ni puede imponerse al criterio valorativo de la Sala *a quo*, que apreciando en conjunto la prueba llega a conclusión contraria a la expresada en documento público, ya que la escritura sólo hace prueba en cuanto a la fecha y al hecho de su otorgamiento, no al resto de su contenido, por lo que la Sala llega a la conclusión de que los retrayentes no eran arrendatarios de las fincas enajenadas. Tampoco es aplicable la Ley de 1980, por el principio de irretroactividad de las leyes.

RESOLUCION DE CONTRATO.—NO EXISTIENDO MAS QUE UN CONTRATO, EL DEL PADRE, Y NO DOS, COMO PRETENDE EL RECURRENTE, SE HA PRODUCIDO LA EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO POR HABER TERMINADO EL PLAZO CONTRACTUAL Y SUS PRORROGAS (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1985).

Se presenta demanda ante el Juzgado número 1 de Zaragoza por haber transcurrido con exceso el plazo contractual y sus prórrogas, solicitando la extinción del arrendamiento, lo que niega el demandado, alegando la existencia de dos contratos: uno hecho por el padre y otro por el hijo,

y pidiendo en reconvencción el abono de las mejoras hechas en las fincas arrendadas. El Juzgado estimó la demanda y desestimó la reconvencción, lo que se confirma en apelación.

El Tribunal Supremo revoca parcialmente la anterior, estimando el recurso en cuanto a la condena en costas, ya que no se aprecia temeridad en el recurrente. Tanto el Juzgado como la Audiencia declaran extinguido el arrendamiento en 30 de septiembre de 1983, rechazando la existencia de dos contratos (el del padre y el del hijo) y la reconvencción en la que se solicita el abono de mejoras, por falta de prueba, entendiendo que fue el hijo el que extendió el contrato, en nombre del padre y en el suyo propio. Los recibos de renta que fueron expedidos, unos a nombre del padre y otros del hijo, no prueban la existencia de dos contratos, ya que sólo existe un contrato escrito y el cambio en los recibos sólo obedece al fallecimiento del padre, pero persistiendo uno de los arrendatarios en el disfrute de la finca como tal contratante sin que se pruebe la existencia de otro contrato verbal con el hijo. El dictamen pericial respecto a las mejoras no prueba que fueran hechas por el arrendatario y menos aún que les fueran debidas, por lo que es prueba insuficiente.

DESAHUCIO.—EL DERECHO DE RECUPERAR LA FINCA EL PROPIETARIO ES PREFERENTE AL DE PRORROGA DEL ARRENDATARIO, QUE NO HABIA COMUNICADO FEHACIENTEMENTE ESTE DESEO Y ADEMÁS NO OSTENTABA LA CONDICION DE CULTIVADOR PERSONAL (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1985).

En 1977, con un año de antelación al fin del plazo del arrendamiento, se requirió al arrendatario por la propietaria comunicando su deseo de cultivar directamente la finca, y transcurrido el año sin que abandonase la finca, se interpone demanda ante el Juzgado de Utrera, que declaró resuelto el contrato, así como también la Audiencia de Sevilla.

Tampoco tiene éxito la casación. No se comunicó a la dueña el deseo de prorrogar el contrato, pese a que se ha pretendido probar con testigos una comunicación verbal en ese sentido, lo que la sentencia no da como acreditado y cuya apreciación no se impugna en el recurso. Se rechaza la aplicación de la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley de 1980, que permite prorrogar el contrato hasta veintiún años, ya que este derecho de prórroga cede ante el del arrendador que se proponga recuperar la finca para su explotación directa y lo notifique así al arrendatario [art. 83, 1, a)], aparte de que no se justificó el carácter de cultivador personal y, por ello, el contrato se extinguió antes de la Ley de 1980. El Juez afirma que la cuestión es más aparente que real, porque con una u otra legislación procedía la resolución del contrato, dada la preferencia del derecho del arrendador para recuperar la finca cuando se proponga cultivar personalmente la finca, lo que confirma reiterada jurisprudencia de este Tribunal.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LOS DAÑOS CAUSADOS POR EL ARRENDATARIO TIENEN LA CONSIDERACION DE GRAVES Y VOLUNTARIOS, SIENDO ACREEDORES DE LA RESOLUCION CONTRACTUAL DECRETADA (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1985).

El arrendatario realizó un aprovechamiento abusivo, dañando los árboles y haciendo una entresaca excesiva al arrancar 1.200 encinas, por lo que se presenta demanda de resolución del contrato ante el Juzgado de Jerez de los Caballeros, que la admite en cuanto a la indemnización de los daños, y la desestima en cuanto a la resolución. La Audiencia declaró resuelto el contrato y condenó también al pago de los daños causados.

No tiene éxito la casación. Los daños recogidos en el dictamen pericial emitido por un Ingeniero de Montes, designado de común acuerdo por las partes, tienen la consideración de graves y voluntarios. Son graves por cuanto ascienden a la suma de 1.793.906 pesetas, cantidad superior a la renta de un año, por lo que ha de entenderse correcta la aplicación de la causa 5.ª del artículo 75 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, y, además, son voluntarios, esto es, dolosos, y tal calificación, por lo menos, en cuanto a los causados por la abusiva entresaca de las encinas, que alcanzó a 1.200, en lugar de las 180 autorizadas, debe ser aceptada, por lo que estos daños son acreedores de la resolución contractual a la que se refiere el mencionado precepto.

DESAHUCIO.—EL CONTRATO ES DE ARRENDAMIENTO ORDINARIO, CUYO PLAZO MINIMO ES DE SEIS AÑOS, SIN QUE HAYA SIDO OBJETO DE PRORROGA ALGUNA, POR LO QUE TRANSCURRIDOS TRECE AÑOS HA DE CONSIDERARSE EXTINGUIDO (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1985).

Habiendo transcurrido más de trece años de duración del contrato ha de considerarse extinguido por no haber sido prorrogadoo, formulándose demanda en tal sentido ante el Juzgado número 1 de Almería, que estimó el desahucio, rechazándose igualmente la apelación.

No ha lugar a la casación. El contrato es de arrendamiento ordinario, cuyo plazo mínimo es de seis años, sin que haya sido objeto de prórroga alguna, y habiendo transcurrido más de trece años desde su inicio, ha de considerarse extinguido, afirmación inatacada y conclusión que no contradice la Disposición Transitoria del Real Decreto-ley de 30 de junio de 1978, relativa a la prórroga de arrendamientos rústicos que afecten a cultivadores directos y personales a medida que expire el plazo de los mismos, situación que no es la del caso presente. Por otra parte, se insiste en la aplicación del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 1959, siendo así que tanto el Juzgado como la Audiencia argumentan con el artículo 91 de dicho Reglamento que el contrato está excluido de este Reglamento, tanto por su fecha como por su naturaleza.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—SE TRATA DE UN CULTIVADOR PERSONAL Y DIRECTO, SIN QUE LA EXTENSION DE LAS FINCAS ARRENDADAS EXCEDAN DE 500 HECTAREAS, POR LO QUE NO PROCEDE LA RESOLUCION SOLICITADA (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1985).

En 1979 se notifica al arrendatario el deseo de los propietarios de recuperar el cultivo personal de los predios arrendados, y no atendida esta voluntad, se ejercita la correspondiente demanda ante el Juzgado de Burgo de Osma, que no la admite, recogiendo la excepción de falta de legitimación activa, alegada por el demandado, en cuanto a uno de los contratos, rechazando el desahucio en el otro. La Audiencia de Burgos desestimó la excepción, y entrando en el fondo del asunto, rechaza íntegramente la demanda en ambos contratos.

No corre mejor suerte la casación. Las dos sentencias aprecian que se trata en ambos casos de un cultivador directo y personal de la finca, que es fundamento de la explotación agrícola, lo que no contradice la existencia de un pastor que atendía al ganado lanar existente en parte de la finca, careciendo de fundamento la indicación de que se aplicó indebidamente el Real Decreto de 10 de octubre de 1980 y de la Disposición Transitoria 1.ª de la Ley vigente. Tampoco se prueba adecuadamente que las fincas arrendadas excediesen de 500 hectáreas permitidas por la Ley para este tipo de arrendamientos, aparte de que cuanto se sostiene no coincide con lo alegado en la demanda inicial, quedando incólume la base fáctica de las sentencias recurridas respecto a la extensión superficial de la finca, justificando la inaplicación de la referida Disposición Transitoria.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

NULIDAD DE CONTRATO.—EL CONTEXTO DEL PRETENDIDO CONTRATO DE COMPRAVENTA DEMUESTRA QUE SE TRATA DE UN ARRENDAMIENTO. POR OTRA PARTE, NO SE ABONO NINGUNA CANTIDAD DE ENTRADA Y EL PLAZO SEÑALADO PARA EL PAGO DEL PRECIO ES DEMASIADO LARGO, TODO LO CUAL DEMUESTRA CLARAMENTE CUAL ERA LA VERDADERA INTENCION DE LOS CONTRATANTES (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1985).

En 1963 se hizo un documento privado de compraventa, que encubría un arrendamiento en el que la renta era superior a la permitida por la Ley de 1953 para las viviendas bonificables, y en 1978 el arrendatario requirió y consignó en el Juzgado la cantidad de 217.300 pesetas como resto del precio del piso, y rechazada por el presunto vendedor, éste entabló juicio de desahucio que no prosperó. Se entabló juicio declarativo ante el Juzgado número 1 de Oviedo pidiendo la nulidad de la compraventa y la existencia de un arrendamiento. Tanto el Juzgado como la Audiencia estimaron la demanda.

Tampoco triunfa la casación. En el acto de conciliación de 1979, si bien se emplean expresiones como la de «piso vendido», que son repetición de

las empleadas en el contrato, también se habla de «pretendida venta» y se insiste en que el conciliado sigue ostentando la cualidad de arrendatario y que adeuda las rentas de abril y diciembre de 1978, todo lo cual hace equívocas las restantes expresiones empleadas en el acto conciliatorio. Además, se señalan en el documento privado la falta de constancia de la pertenencia a una comunidad y la cuota, así como el título del pretendido transmitente y, sobre todo, la permanencia del vendedor como titular registral y de la hipoteca que grava el inmueble, todo lo cual crea un clima fáctico que bascula a favor del acierto en la base presuntiva establecida por la sentencia impugnada. Por otra parte, no se abonó ninguna cantidad como entrada y se señala un plazo excesivamente largo para el pago del precio con cantidades insignificantes, que a lo largo de diecisiete años sólo ha amortizado poco más de la mitad del precio que se dice convenido, habiendo pagado el presunto vendedor los arreglos hechos en el inmueble y la cuota girada por la comunidad en concepto de pago del nuevo ascensor instalado. La conclusión a que llega la Sala lo fue atendiendo a los actos coetáneos e inmediatos al contrato, mientras los contrarios mencionan conductas que amén de equívocas, se produjeron notablemente alejadas del momento en que la estipulación tuvo lugar, como fue el de la presentación de las papeletas de conciliación.

RESOLUCION DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—SE TRATA DE UN SUBARRIENDO QUE COMO TAL NO TIENE DERECHO DE PRORROGA INDEFINIDA, RIGIENDOSE POR LA LEGISLACION COMUN (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1985).

Se entabla por la Entidad arrendataria demanda ante el Juzgado número 8 de Barcelona contra la subarrendataria de un local de negocio que forma parte del edificio arrendado por expiración del plazo, ya que se había pactado, con duración indefinida, por meses, y se había requerido con un mes de antelación a la subarrendataria para que abandonase el local sin que lo hubiera atendido. Se estimó la demanda, no triunfando la apelación.

No tiene éxito la casación. Existe un subarriendo concertado precisamente entre las Entidades demandante y demandada, en virtud de un contrato con vida propia y absoluta independencia del que tiempo atrás pudo existir entre los anteriores arrendadores y «Barreiros Diesel» —luego «Chrysler» y después «Talbot»—; contrato éste que la sentencia declara finalizado en 30 de noviembre de 1980. Frente a esta existencia del contrato de subarriendo no puede prevalecer ni la doctrina de los actos propios ni la falta de legitimación activa y pasiva, que alega el recurrente, sin que se pruebe que el contrato de subarriendo es simple prórroga del que en su día existió entre la propiedad y «Barreiros Diesel, S. A.», y no una nueva relación entre la respectiva Empresa demandada, actual poseedora, y la Sociedad demandante, que es lo que se sostiene en la demanda y se afirma en la Instancia. Tampoco se prueba la simulación ni el fraude de Ley, en cuanto al arrendamiento entre el propietario y la subarrendadora, que es una simple manifestación del recurrente.

DECLARACION DE ACCESION DE INDUSTRIA A LOCAL DE NEGOCIO.
EN LOS CASOS DE ACCESION SOLO SE HAN DE INDEMNIZAR LAS INSTALACIONES Y ELEMENTOS QUE SUBSISTAN EN EL MOMENTO DE LA ENTREGA AL DUEÑO DEL LOCAL, YA QUE LO CONTRARIO SUPONDRIA UN ENRIQUECIMIENTO INJUSTO (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1985).

El propietario obtiene el desahucio del ocupante del local, según sentencia dictada por el Juzgado número 15 de Madrid; pero pretendiendo la accesión de la industria de cervecería-bar al local, por existir mala fe por parte de los demandados, se entabla demanda solicitando dicha accesión ante el Juzgado número 2 de la misma capital, que estimó en parte la demanda, declarando la accesión y la indemnización de 3.400.000 pesetas, y desestimando la petición de abono de frutos y rentas percibidas por los demandados. La apelación confirma la sentencia en cuanto a la accesión, dejando la fijación de la indemnización a la ejecución de sentencia.

No prospera la casación. La Audiencia estableció la posibilidad de rebajar la indemnización en razón a la inexistencia de elementos que no subsistan en el momento de la entrega del local, fijándose en la ejecución de sentencia el monto de la indemnización. Conservando el demandado la posesión de la cosa hasta su entrega, es lógico que se rebajen aquellos elementos existentes en el momento del dictamen pericial, pero que no subsistan en el de la entrega, tratando de evitar un enriquecimiento injusto. Debe aplicarse el artículo 458 del Código Civil, que obliga a detraer mediante una simple operación matemática lo que no se entrega, pues conclusión contraria llevaría a la consecuencia absurda de que en los casos ordinarios de edificación, plantación o siembra en suelo ajeno, el dueño del terreno al que accede la edificación, plantación o siembra tendría que abonar el valor de una siembra ya cosechada, de una plantación desaparecida o de una edificación totalmente arruinada.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—PROCEDE, YA QUE SE TRATA DE ARRENDATARIO EXTRANJERO Y NO SE ACREDITA LA RECIPROCIDAD DE SU PAIS, HABIENDO CONCLUIDO EL CONTRATO POR EXPIRACION DEL TERMINO (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1985).

Se plantea demanda de resolución de contrato por expiración de término ante el Juzgado número 1 de Las Palmas, ya que se trataba de un arrendatario extranjero, y no existiendo derecho de reciprocidad, no se aplica la legislación arrendaticia, sino la común. El Juzgado estimó la excepción de inadecuación de procedimiento, pero la Audiencia revocó la anterior y declaró la resolución del contrato, que había concluido el 31 de mayo de 1981.

No ha lugar a la casación. Según el recurrente, había sido intención del actor la renuncia de los derechos que tiene a su favor, según el artículo 7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al fijarse una cláusula adicional expresiva de duración indefinida del vínculo arrendaticio, lo que había de interpretarse como exención del deber de acreditar la reciprocidad; pero es lo cierto que, por el contrario, la resolución impugnada considera

que la referida cláusula no tiene virtualidad porque va contra la esencia temporal del arrendamiento al establecer duración indefinida para el contrato, y debe aceptarse el módulo normal que emana de los artículos 1.543, 1.581 y 1.569 del Código Civil, por fijarse mensualmente el plazo de abono de alquileres, ya que se deduce de su ausencia en el contrato.

C. R. R.

D) DERECHO DE FAMILIA

Por JOSÉ CERDÁ GIMENO

DETERMINACION DEL REGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL EN DEFECTO DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES, CUALIDAD DE LOS BIENES ADQUIRIDOS CONSTANTE MATRIMONIO.—VECINDAD CIVIL DEL ESPOSO CAUSANTE, transcurso de diez años en un determinado territorio y «animus commorandi»; la adquisición de vecindad civil por uno de los hijos de padre originariamente aforado: BLANCO contra ESTEVA (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1977).

ANTECEDENTES

1) *Demanda*.—Por parte de doña C., *viuda del causante*, se formuló demanda contra doña C., *sobrina del causante*, y se fundaba en los siguientes hechos:

- *La demandante* y el *causante* habían contraído matrimonio en territorio peninsular español en 1945, *sin* que el matrimonio dejase descendencia.

- El marido había fallecido en «X.» —población de una de las islas Baleares—, lugar de residencia del matrimonio, en 1968.

- El *causante* fallecía bajo testamento otorgado en Madrid en 1965, por el que se nombraba *heredera universal a su sobrina C. —la aquí demandada—*, sin perjuicio de la cuota viudal usufructuaria de la *esposa —aquí actora—*. Hacía constar la actora que ese testamento se había otorgado *después de presentar* el marido demanda de separación conyugal contra su esposa ante el Tribunal Eclesiástico de Madrid.

- Se había formado el correspondiente *cuaderno particional* —elaborado por un contador *dirimente*—, en el que dicho *dirimente*:

- *Argumentaba*: que don J., *padre del causante*, era *mallorquín* por nacimiento y por conservar la vecindad, tanto al nacer su hijo don F. —*el causante aquí*— como por haberla conservado después; que el *causante* don F., además de haber nacido en Mallorca de padres mallor-

quines, conservaba la vecindad de la isla al contraer matrimonio.

●● *Concluía:* que el causante don F., tanto por el lugar de nacimiento como por filiación, tenía la vecindad civil mallorquina, y que la conservaba al contraer matrimonio; que el matrimonio se contrajo bajo el régimen de separación de bienes *balear*; que el caudal relicto se compone, en consecuencia, sólo de bienes privativos del causante; que, fundamentado en tales bases, se determinaron los cupos de cada interesado e hicieron las adjudicaciones.

● La actora estaba *en total disconformidad* con tales bases, argumentaciones y adjudicaciones, y presentaba en su versión de los hechos las siguientes *argumentaciones*:

a) Los padres del causante eran uno y otro nacidos en Mallorca y contrajeron matrimonio en dicha isla. En fecha que no se precisaba (1), el matrimonio formado por *padre y madre de don F., causante*, se fue a vivir a «A.» (población de la Península), lugar donde desarrolló su actividad familiar y mercantil sin interrupción *hasta 1948*, en que moría *don J. —padre del causante*, don F.—.

b) El matrimonio (padres del causante) pasaba en Palma de Mallorca sus vacaciones en casa de sus padres. Habían estado empadronados en Palma entre los años 1940 y 1945.

c) Por don J. —padre del causante, don F.— nunca se había hecho manifestación alguna de querer conservar la vecindad civil mallorquina. Llevaron consigo a sus tres hijos a «A.», y todavía residen allí otros dos hijos de aquel matrimonio. Por tanto, *al nacer el hijo F. —aquí causante*, marido de la actora— en Palma, ya entonces sus padres habían perdido la vecindad mallorquina (quizá en 1912) y, por supuesto, en 1935 —mayoría de edad de don F.—. Se hacía constar que ni los padres ni don F. hicieron manifestación alguna acerca de la conservación de la vecindad.

d) En la escritura de protocolización de la herencia de su padre don J., otorgada en 1951, se hacían *manifestaciones* congruentes con lo expuesto antes, y el hijo *don F.* demostró sus deseos de adquirir la vecindad civil común.

e) En 1965, el causante, don F., y su esposa, aquí actora, habían suscrito un documento (*sic*) (2) reconociendo la existencia de *gananciales*.

f) No constaba en autos que *los bienes relictos inventariados* fueren privativos del causante, don F., ni tampoco adquiridos a título gratuito: todos ellos eran adquiridos después de contraer el matrimonio y antes de disolverse.

g) *Demostrado* que la vecindad civil del causante, don F., fue siempre y en todo caso —y *desde luego al contraer matrimonio*— la de Derecho común; que el matrimonio se contrajo bajo el régimen de *gananciales*; que no consta que ninguno de los bienes

(1) Al parecer, alrededor del año 1900.

(2) No aparece por ningún lado *qué tipo* de documento sea.

inventariados fuesen privativos, sino más bien adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, llegaba a la *conclusión* de que: *o bien* hay que considerarlos gananciales con las consecuencias pertinentes, si se estima aplicable el Derecho civil común, *o bien* eran pertenecientes por mitad a ambos cónyuges, si se estima aplicable el Derecho civil mallorquín.

La demanda termina con la *súplica* (3) de que se dicte sentencia *declarando*:

1.º Que la vecindad civil común del esposo y por no hacerse capitulaciones, el régimen del matrimonio del causante y la actora fue el de la sociedad de gananciales.

2.º Que han de reputarse gananciales todos los bienes que figuran en el inventario y estimarse como buenos los valores del cuaderno del contador dirimente.

3.º Que hay que liquidar la sociedad de gananciales, previo abono de deudas y obligaciones.

4.º Que la mitad de dicho haber corresponde a la actora, formando la otra mitad el caudal hereditario.

5.º Que en las operaciones del contador dirimente, antes de procederse a la determinación de haberes y adjudicaciones, deben hacerse las rectificaciones correspondientes a las anteriores apreciaciones.

6.º *Subsidiariamente, caso de estimarse aplicable el Derecho balear mallorquín (sic)*, por no estimarse bienes inventariados privativos, antes bien, estimarse comunes por mitad y *pro indiviso* a ambos (*sic*), corresponde a la actora la mitad obtenida después de pagar deudas y cargas imputables al matrimonio o a cualquiera de los dos, y formando la otra mitad el caudal hereditario.

7.º Se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

2) *Contestación a la demanda*.—Por parte de la sobrina del causante demandada, se contestó y se opuso a la demanda, con las siguientes *alegaciones*:

- Que los padres de don F., causante, tenían su domicilio en Palma en el momento de casarse y que seguían viviendo en la isla después del matrimonio.

- Que el causante, don F., era mallorquín y continuó siéndolo toda su vida, tanto al contraer matrimonio como después del mismo, habiendo residido fuera de la isla —incluso cinco años en el extranjero— por motivos de estudios o profesionales.

- Que el causante, don F., nunca tuvo la intención de adquirir la vecindad civil común, y solamente después de casarse se trasladó a la Península.

Terminaba con la *súplica* de que se dicte sentencia desestimando la demanda, con condena en costas.

3) *Sentencia del Juzgado*.—De entre las *afirmaciones* (4) de la senten-

(3) La actora había sido asistida por el Letrado don José María Villar y Romero.

(4) Se han sacado *del motivo primero* del recurso de casación.

cia cabe señalar: «*Hay que reconocer* que, tal como se acredita por numerosos datos probatorios, don J. —padre del causante, don F.— *ha querido, durante los años de residencia en la Península, llevar a cabo en la isla una serie de actos de tal significación que obligan, en buena interpretación del espíritu recogido en los artículos 15 y 40 del Código Civil y de empadronamiento municipal, a que se hace constante alusión en las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en esta materia, a tener que admitir que, en efecto, don J..., y su hijo don F..., en ningún momento de su prolongada estancia en la Península perdieron su fuero personal, su ligazón con el Derecho de vecindad civil mallorquina.*»

De la exposición o «relato» del ponente no se desprenden otros extremos que los aquí referidos. De modo que la dicción del fallo queda un poco sin aclarar los porqués.

La sentencia del Juzgado tiene el siguiente fallo: que *estimando parcialmente la demanda, declaro: que corresponde a la actora la mitad del haber líquido que resulte..., constituyendo la otra mitad el haber partible o caudal hereditario del causante; condenando a la demanda a estar y pasar por esta declaración, sin costas (5).*

4) *Sentencia de la Audiencia Territorial.*—La sentencia del Juzgado fue apelada por la demandada.

La sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial contenía, entre otras, las siguientes argumentaciones:

● *Datos fácticos probados:* «A) La estancia permanente de don J. —padre del causante de la herencia— en 'A.' durante un período que se inicia en 1902, según resulta de la escritura..., y que termina no antes, desde luego, de 1929..., sin que falten indicios probatorios documentales de haberse prolongado por más tiempo». B) Que dicha estancia prolongada por aquel período de 1902 a 1929 «es un hecho sobre el que no cabe dudar a la vista del conjunto de la prueba practicada, tanto testifical... como la abundante documental pública en que se hace constar a don J. como residente o avecindado en 'A.', pues si cada uno de los documentos en que así figura pudiera ser un mero indicio de tal hecho, no puede menos de atribuirse a su conjunto el carácter de prueba plena, que aparece avalada, por lo demás, por lo que afirma la esposa... y lo que afirma el hijo, el causante de esta herencia». C) «Que avala aquella prueba principalmente lo afirmado en la escritura de aprobación y protocolización de la herencia de don J..., en que la esposa de éste y sus hijos, entre ellos, si bien mediante representante, don F., hacen constar que con posterioridad a la fecha de su matrimonio, en 9 de febrero de 1902, los consortes don J. y doña I. fijaron su residencia en 'A.', donde establecieron el centro de sus actividades y negocios, sin que dentro del plazo de diez años... comparecieran ante el Juzgado Municipal del lugar de residencia a manifestar su voluntad de conservar el fuero, *por lo que perdieron su condición foral*». D) «Que si reside desde el año 1902... en 'A.', como claramente resulta de la escritura pública de deudor e hipoteca de 5 de mayo de 1904..., hasta, según se dijo, por lo menos, 1929..., aquella residencia se hizo domicilio determinante

(5) O sea, del total del *petitum* acoge los puntos cuarto y séptimo.

del cambio de vecindad civil..., y sus efectos subsistían no sólo en el año 1929, sino también seis años más tarde, cuando en 10 de julio de 1935, su hijo F. alcanzó la mayoría de edad, con la vecindad civil común que su padre le había transmitido» (6).

Como conclusión de tales afirmaciones se decía: «Que domiciliado don J. en 'A.', no habiendo manifestado en forma su voluntad en contrario, adquirió la vecindad civil de Derecho común a los diez años de su residencia en la citada localidad, los cuales se cumplieron en febrero de 1912, por lo que cuando en 10 de julio del mismo año nació su hijo F., a éste le fue transmitida la misma condición de no aforado, según lo dispuesto en el número 2.º del artículo 15 del Código Civil» (7).

● *Considerando cuarto* (8): «Que claramente resulta de esa escritura que desde el año 1902 se instaló en...», y esto efectivamente se deduce de ella, puesto que el Notario que la autoriza da fe de que el padre de don J. manifestó «que venía ejerciendo la industria de... en...», y se propuso y realizó en 1902 establecer igual fábrica en 'A.', poniendo al frente de ésta a su hijo, el compareciente, don J. —padre del causante de la herencia que se litiga—, que la ha tenido a su exclusivo cargo y cuidado, y fue convenido entre ambos el contraer matrimonio el último en febrero de 1902, que desde entonces sería exclusivamente del mismo el negocio de la fábrica establecida en dicho pueblo».

● *Considerando tercero* (9): a) «Es manifiesto que, dados los términos claros del artículo 15 del Código Civil —en su anterior redacción (*sic*)—, sólo la declaración de querer conservar la vecindad civil originaria, formalmente emitida ante el Juez Municipal, podrá evitar la imposición de la vecindad correspondiente al lugar de la residencia por el mero transcurso del plazo». b) Que «si bien es cierto que varias sentencias del Tribunal Supremo exigen o dan a entender la necesidad de que concurra, con la residencia, la intención del sujeto de cambiar su vecindad (Sentencias de 29 de mayo de 1892, 7 de febrero de 1889, 23 de diciembre de 1904, 1 de febrero de 1910, 20 de abril de 1927 y 13 de marzo de 1929), con lo que reitera lo que prescribía la legislación anterior..., es lo cierto que muchas otras sentencias del mismo Alto Tribunal (30 de octubre de 1901, 18 de marzo de 1932, 3 de junio de 1934, 5 de junio de 1935, 11 de octubre de 1960, 10 de noviembre de 1961, etc.) vienen a admitir, de forma más o menos explícita 'que basta la residencia de diez años para que, sin otros requisitos, se opere el cambio de régimen foral o común'».

La sentencia contiene el siguiente fallo: *revocando* la sentencia, *declaramos*:

1.º al 5.º... (*igual* a los pedimentos 1.º al 5.º de la demanda). Y *condenamos* a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones (*igual* al pedimento 7.º de la demanda). *Sin costas* en ninguna Instancia.

(6) Todos estos datos se toman del *considerando primero* de la sentencia del Tribunal Supremo.

(7) Tal conclusión se expone en el *considerando segundo* de la sentencia del Tribunal Supremo.

(8) Este considerando de la sentencia de la Audiencia viene recogido en el *considerando cuarto* de la sentencia del Tribunal Supremo.

(9) Este considerando está recogido en el *considerando sexto* de la sentencia del Tribunal Supremo.

Es digno de señalar que *no se acoge el pedimento 6.º*, sobre la aplicación *subsidiaria* del Derecho civil de Baleares.

5) *Recurso de casación por infracción de Ley.*—Por la parte demandada se interpuso el recurso de casación, fundamentado en los siguientes motivos:

1.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 15, 3.º, del Código Civil —en redacción anterior a 1974—, por interpretación errónea del mismo: porque *don J. —padre del causante, don F.—* era originariamente mallorquín, y no es exacto que llegara a adquirir la condición de *no aforado* por residencia de diez años en territorio de Derecho común, en los términos de dicho artículo infringido; recuerda las afirmaciones de la sentencia de Juzgado de Primera Instancia (10); cita la *Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 1958* (11), que coincide con el criterio del Juzgado sobre que «la intención o *animus* del residente» son elementos *subjetivos*, elevados a la categoría de requisitos para la posible aplicación del contenido estricto del artículo 15 del Código Civil, «*animus commorandi*, propósito e intención» que aparece perfectamente configurado a lo largo de dicha resolución, que no hace más que ratificar la anterior doctrina legal. Es decir, *el tema litigioso* hay que centrarlo sobre la discusión jurídica de *si basta o no basta la mera permanencia en territorio de Derecho común durante diez años o más para perder la vecindad de origen*, o más bien —como sostiene el recurrente y discrepa de la sentencia recurrida— es preciso, *además* del dato físico de la permanencia o residencia fuera de territorio foral por diez o más años, *el «animus commorandi»*, o si se quiere, el deseo inequívoco de perder la vecindad de origen. Para la sentencia recurrida basta tan sólo la permanencia o dato externo y físico: es, pues, un supuesto típico de infracción de Ley o de interpretación errónea de un precepto sustantivo.

2.º Basado en el artículo 1.692, 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de las pruebas que resulta de documento auténtico, que demuestra la equivocación evidente del juzgador: porque la sentencia recurrida se refiere a un período *que comienza en 1902*, según resulta de la escritura..., pero la citada escritura *es de 5 de mayo de 1904 y no de 1902*. Por tanto, conforme al artículo 1.218 del Código Civil, *la fecha* no puede ser otra que la del año 1904. El error, como se ve, es trascendente, porque *si el cómputo se inicia a partir de 1904 y no de 1902*, es muy claro que don F. *no hubiera perdido*, al no haberlo hecho su padre, la foralidad mallorquina *en el momento de su nacimiento*...

3.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 15, párrafo penúltimo, del Código Civil, en versión anterior a 1974, por interpretación errónea del mismo: porque en la sentencia recurrida se dice que «como quiera que don J. *perdió su foralidad mallorquina durante la minoría de edad de su hijo don F., también la perdió éste*», lo cual equivale a una interpretación errónea del precepto denunciado infringido, por las razones siguientes: 1.ª No cabe la atribución de vecindad por voluntad presunta. 2.ª El hijo «no ha residido

(10) Recogidas anteriormente en el apartado 3): véase nota 4.

(11) Aparece recogido su contenido en el considerando séptimo de la sentencia del Tribunal Supremo.

diez años» en territorio de Derecho común al nacer o al poco tiempo de nacer. 3.ª El padre, adquirida para él la vecindad automáticamente, si quiere para su hijo su misma vecindad puede ejercitar el derecho de opción a los dos años de residencia. 4.ª El artículo 15 del Código Civil, en versión anterior a 1974, quiere establecer en un plano de absoluta igualdad la legislación común con las forales, y no es concorde con ese espíritu de la Ley el permitir que un menor *gane el fuero común* por residencia de su padre y *no gane el foral* por esa misma residencia en territorio foral. 5.ª No es aceptable, por insegura, la tesis de que cambie la vecindad del hijo cada vez que cambie la vecindad del padre. 6.ª El artículo 15, párrafo penúltimo, del Código Civil está *prevista tan sólo para los supuestos en los que no haya concordancia entre el «ius sanguinis» y el «ius soli»*, ya que cuando ambos son coincidentes, la vecindad es indiscutible. 7.ª Si el artículo 15, 1.º, del Código Civil sólo concede el derecho de opción a favor de las personas nacidas en territorio de Derecho común de padres sujetos al Derecho foral o a los mismos hijos dentro del año siguiente a su mayoría de edad, *resultaría absurdo* que por el mero transcurso del tiempo se concediera más a los padres sujetos a Derecho foral de hijos nacidos en territorios de Derecho foral. Por todo lo cual, concluye, el precepto infringido *no está presente en el ánimo del legislador para los supuestos como el del presente*. Finaliza con la alusión a la *presunción* en orden a la vecindad derivada del artículo 68 de la Ley del Registro Civil.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Nuestro más Alto Tribunal dictó sentencia, de la que fue ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca (12), el cual establece la siguiente doctrina en los *considerandos*:

1.º La sentencia recurrida *sienta como afirmaciones fácticas* las siguientes... (13).

2.º Dicha sentencia, *apoyándose en esas afirmaciones fácticas, concluye proclamando*... (14).

3.º Contra esta sentencia alza la demandada el presente recurso de casación, *en cuyo motivo segundo*... (15).

4.º *Con referencia a este motivo conviene advertir: Primero*, que para *destruir la apreciación probatoria conjunta de la prueba practicada por la Sala sentenciadora, no basta* con invocar un documento auténtico *que acredite un hecho aislado contrario* a alguno no fundamental de dicha sentencia, pues, según reiterada doctrina de esta Sala, «no puede desarticularse aquella prueba conjunta con la invocación de uno solo de los elementos probatorios que la integran». *Segundo*, que lo que la sentencia recurrida *afirma en el considerando número cuarto* es —como ya queda expresado— que... (16); *resultando de aquellas manifestaciones que efectivamente don J., desde febrero de 1902 (sic) estaba residiendo en «A.»*

(12) En la manera de hacer de este ponente los considerandos quedan vacíos de contenido en su mayor parte.

(13) Se han expuesto en el apartado 4) anterior: véase nota 6.

(14) Vale lo dicho en nota 13 *previa*: véase nota 7.

(15) Ver en el apartado 3) el recurso de casación.

(16) Ver en el apartado 4) anterior: véase nota 8.

y al frente de la fábrica..., afirmación que de ninguna manera es contradictoria por la sentencia recurrida, decayendo, por tanto, dicho motivo segundo.

5.º En el primer motivo del recurso... (17).

6.º Como acertadamente proclama la sentencia recurrida... (18).

7.º La propia Sentencia de 21 de enero de 1958, en que tanto hincapié hace el recurrente, mantiene esta última doctrina proclamando que «dados los términos en que está redactado el número tercero del citado artículo 15 del Código Civil, es claro que esta manifestación no se precisa que sea expresa, sino que basta que sea tácita si transcurren diez años de residencia no interrumpida sin hacer constar su voluntad en contrario de adquirir la nueva vecindad». Por todo lo cual hay que concluir afirmando que la resolución impugnada no interpreta con error el invocado precepto, por lo que el motivo que sostiene lo contrario tiene que decaer.

8.º En el motivo tercero del recurso... (19).

9.º La redacción del precepto que se contempla es claro (sic) y terminante y no deja lugar a dudas: al disponer la norma que «el hijo no emancipado debe seguir la 'condición' de su padre», quiere referirse a que seguirá los cambios de nacionalidad y vecindad civil que sufra éste mientras conserve su minoridad, como tiene que seguir también los cambios de domicilio que su padre le imponga durante tal minoridad.

10.º En último término, aunque a efectos polémicos pudiera admitirse (20) la procedencia de cualquiera de los tres motivos del recurso —posibilidad que se rechaza—, aun en semejante supuesto tampoco podría desembocarse en una sentencia totalmente absolutoria, pues entonces tendría que prosperar la pretensión subsidiaria de la demanda —que había admitido la sentencia de primer grado— (21): porque alegado en ella y justificado con los documentos que le acompañaban —sin que ello hubiera sido impugnado por la demandada— que todos los bienes inventariados fueron adquiridos a título oneroso por don F. constante matrimonio, y sin acreditarse que lo hubieran sido con capital propio de él, tendrían que ser calificados como comunes de ambos cónyuges, a repartir, por mitad, entre ellos (22), como la dicha sentencia de primer grado disponía.

11.º Las resoluciones del Juzgado y de la Audiencia no son conformes de toda conformidad.

FALLO: No ha lugar..., con condena en costas y pérdida del depósito...

NOTAS CRÍTICAS

1. La primera aproximación a esta sentencia se hizo en su día, recién aparecida, por los autores mallorquines, y de entre ellos, R. CLAR GRAU y M. MASOT MIQUEL. Me remito a lo que más tarde se ha publicado sobre

(17) Ver en el apartado 5) el recurso.

(18) Ver en el apartado 4) anterior: véase nota 9.

(19) Ver en el apartado 5) al exponer el recurso.

(20) No acaba de quedar claro qué quiere decir el ponente con esta afirmación: ¿Equivale a un mero obiter dicta, como entiende algún comentarista insular? ¿De no ser un añadido innecesario, encierra una posición sobre la que argumentar en contra? No se sabe.

(21) Me pregunto dónde: o el «relato» del ponente no es completo —pues no se incluye tal declaración en orden al pedimento sexto de la demanda— o la frase carece de sentido.

(22) Afirmación dogmática nada ortodoxa en régimen de separación de bienes: por tanto, muy discutible.

ella en el volumen de *Comentarios a la Compilación de Baleares*, Ed. Edersa, Madrid, 1980, tomo I, págs. 80 y sigs., en que a la inicial dureza y crítica de la doctrina mallorquina sucede una valoración más matizada de MASOT. No me resisto a servirme de sus propias palabras: «... según el criterio de nuestro más Alto Tribunal..., se parte de una presunción de comunidad que sólo, al parecer, puede quedar desvirtuada mediante la prueba de haber adquirido dichos bienes con capital propio de uno u otro cónyuge. Evidentemente, tal presunción legal de comunidad pugna con la misma esencia del régimen de separación de bienes, resultando un cuerpo extraño en nuestra legislación y una total incongruencia con lo dispuesto en el propio artículo 3 de la Compilación de Baleares..., así como con el artículo 4 de la Compilación de Baleares»...

Por mi parte, en mi labor de «Comentarios a la Compilación» —en el volumen 2.º del tomo XXXI de la obra *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Ed. Edersa, Madrid, 1980, págs. 139 y sigs.—, al proceder al análisis del artículo 66 de la Compilación de Baleares, en su conexión con el artículo 3, 3.º, de la Compilación de Baleares, había adelantado mi posición personal, con un examen de los aspectos normativo, valorativo y sociológico de la norma. Entendía entonces, y entiendo ahora, que: «No es posible considerar esta norma como preceptiva, material, calificadora de una titularidad común, sino más bien supletoria, procesal, dirigida al campo de la prueba... Como tal presunción, es una regla de prueba, de valoración de la prueba, dirigida al proceso y nunca al tráfico jurídico... Como toda presunción, debe haber en ella un ligamen o nexo entre lo presumido y el resultado a que se llega... No parece que sea lógico y adecuado en tema probatorio ligar la simple falta de prueba al resultado de una cotitularidad...».

2. En una segunda aproximación, parece claro que, a pesar de la numerosa prueba practicada —toda ella, no se olvide, con inmediatez del Juez de Primera Instancia—, *no se pudo demostrar que don J. (padre del causante, don F.) quiso dejar de ser mallorquín*. Me pregunto qué habría ocurrido si este supuesto litigioso se hubiera planteado siendo don J. *catalán* y si el resultado hubiera sido el mismo.

3. En una tercera aproximación, las sucesivas reformas de la legislación del Registro Civil han ido acentuando el automatismo del dato externo, objetivo, de la residencia ininterrumpida durante diez años en provincia o territorio de diferente legislación civil: así, artículo 225 del *Reglamento del Registro Civil*, hoy en su versión reformada última operada por el Real Decreto 628/1987, de 8 de mayo (*Boletín Oficial del Estado*, número 116, de 15 de mayo).

4. Finalmente, me pregunto si la verdadera *ratio decidendi* de este litigio no habrá radicado más bien en la consabida protección a la viuda —el moderno y «europeo» principio conocido como «favor *mulieris*»—, aunque había el dato fehaciente y sintomático de que su difunto esposo don F. había planteado *demandas de separación* contra la mujer. Quizá se pensó en resolver la cuestión acudiendo a la idea subyacente de la equidad.

JOSÉ CERDÁ GIMENO

ALIMENTOS INTERCONYUGALES: DEMANDA DE MODIFICACION DE PENSION ALIMENTICIA derivada de demanda previa de alimentos «provisionales» resuelta por sentencia firme; variación de circunstancias económicas y artículo 147 del Código Civil, la excepción de cosa juzgada en los alimentos provisionales: **PLAZA contra DIEGO** (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1977).

ANTECEDENTES

1) *Demanda*.—Por parte de la esposa se formulaba *demanda* contra su marido haciendo constar como *hechos*: que en su día y ante el mismo Juzgado se planteó demanda de alimentos «provisionales», resuelta por Sentencia del Juzgado de 28 de julio de 1967, condenando al marido al pago de 1.500 pesetas mensuales a la esposa, sentencia confirmada por la Audiencia el 19 de febrero de 1968 (1); que han variado las circunstancias económicas y aquella cantidad otorgada como pensión ha disminuido en su poder adquisitivo; que se estimaba que en el futuro las necesidades de la actora debían ser 10.000 pesetas mensuales. Se concedía a la actora el beneficio de pobreza para litigar. Se suplica al Juzgado que dicte sentencia condenando al demandado a pagar desde la fecha de presentación de la demanda, en concepto de alimentos, la cantidad mensual de 10.000 pesetas, o en otro caso, la que estime el Juzgado justa, imponiendo las costas al demandado.

El demandado, en la *contestación a la demanda*, opone que es vecino de... (otra población) y, alternativamente, la excepción de cosa juzgada en sentido formal, no material, porque la declaración de la Sentencia de la Audiencia de 19 de febrero de 1968 respecto a la cuantía de 1.500 pesetas sólo puede ser alterada en el correspondiente juicio declarativo. Termina con la súplica de que se dicte sentencia por la que se declare la incompetencia por razón del lugar o de resolver en cuanto al fondo, se desestime la demanda por estimarse la excepción propuesta, dictando en costas el pronunciamiento que estime justo.

El Juzgado, para mejor proveer, remite exhorto al Juzgado de Primera Instancia Decano de..., para la confesión judicial del demandado.

2. *Sentencia del Juzgado*.—El Juzgado estima la demanda e impone al demandado la condena de abonar a su esposa la cantidad de 5.000 pesetas mensuales desde la fecha de la interposición de la demanda. Sin condena en costas.

3) *Sentencia de la Audiencia*.—Se interpuso recurso de apelación por la demandante y por el demandado. La Audiencia dicta sentencia que desestima el recurso, y estima en parte el de la actora, elevando la cuantía a 6.000 pesetas de alimentos provisionales. Sin condena en costas.

4) *Recurso de casación*.—Se interpone por el demandado, fundándolo en el *motivo* que sigue:

Unico. Basado en el artículo 1.692, 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por violación en sentido negativo del artículo 1.252 del Código Civil: porque existió entre las mismas partes un juicio de

(1) Puede verse la *recensión hecha por mí* a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1969, en esta *Revista*, núm. 475, 1969, págs. 1699 y sigs.: dicha sentencia puso fin momentáneo al pleito entre las mismas partes que en el litigio presente.

igual naturaleza en reclamación de alimentos provisionales terminado por sentencia firme; que los juicios de alimentos provisionales no producen excepción de cosa juzgada y permiten a las partes acudir al procedimiento declarativo que corresponda a la cuantía para *modificar* la cantidad en su día fijada; que lo que no cabe es un juicio de igual naturaleza, con la misma pretensión, entre las mismas partes, con la sola modificación del contenido económico de la misma.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Fue ponente don Antonio Cantos Guerrero, que sienta la doctrina siguiente en los considerandos:

1.º Que en el único motivo del recurso... (2).

2.º Que *es desestimable el motivo por las siguientes razones: en primer lugar*, porque lo que realmente se alega en el recurso es la inadecuación del procedimiento, aunque confusamente se mencione... la excepción de cosa juzgada, siendo inidóneo al efecto tanto el precepto amparador como la cita del artículo 1.252 del Código Civil, que se dice violado, razón, por sí sola, que ha de conducir a la desestimación del recurso; *y en segundo lugar, y a mayor abundamiento*, porque nada se opone en nuestro ordenamiento jurídico a que se pueda acudir, como ha ocurrido en el presente caso, a un nuevo proceso de alimentos provisionales, cuando *la causa de la nueva acción ejercitada es distinta*, dadas las *variaciones* de las necesidades del alimentista y de la fortuna del que hubiere de satisfacerlos, *factores que cuando se alteran a través del transcurso del tiempo han de poder concordarse*, según la letra del artículo 147 del Código Civil, y así lo ha reconocido la jurisprudencia de este Tribunal, en Sentencias, entre otras, de 21 de marzo de 1906 y en la más reciente de 14 de febrero de 1976 (3).

FALLO: No ha lugar.

NOTAS CRÍTICAS

1. Lo primero que hay que señalar en esta sentencia es la escasez de contenido, tanto en el resumen del «relator» como en las argumentaciones tendentes al fallo del litigio. Había materia y motivos para mucho más desarrollo de doctrina.

2. En segundo lugar, la inmediatez de una sentencia del mismo Tribunal Supremo del año precedente y en materia similar hacía pensar en una continuidad en la evolución de la doctrina jurisprudencial. Claro es que para ello habría que haber partido de la consideración primordial, consistente en que la persona del ponente fuera la misma en una y otra sentencia. En la de 1976, el ponente fue don Federico Rodríguez-Solano y Espín, y en la presente de 1977, don Antonio Cantos Guerrero. A destacar los espléndidos argumentos sentados en los *considerandos segundo*

(2) El ponente resume el motivo citado en forma brevísima.

(3) Véase la presentación, recensión y notas *por mí efectuadas* de esta Sentencia de 14 de febrero de 1976, en esta *Revista*, núm. 578, enero-febrero de 1987, págs. 194 y sigs.

y tercero de la Sentencia de 14 de febrero de 1976 —véase en esta *Revista*, enero-febrero 1987, citada, pág. 197—, que ofrecen un contraste marcado con el considerando segundo de la sentencia anotada.

3. En tercer lugar, a pesar de lo escueto de la argumentación del Tribunal Supremo, la doctrina más perspicaz ha analizado con especial finura el entramado subyacente a este litigio: así, en J. BONET CORREA: «La elevación de la cuantía de los alimentos provisionales (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1977)», en *ADC*, XXXI-4, 1978, págs. 869 y sigs.

4. Finalmente, para un mejor análisis de esta especial problemática derivada de la pensión de alimentos, hay que remitir a algunas de las más interesantes aportaciones doctrinales en la materia. Así, v.gr.:

- DISTASO: «Le obbligazioni pecuniarie», en rev. *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, XXXII-1, 1969, págs. 456 y sigs.

- ARECHEDERRA: «Jurisprudencia comentada: elevación de la cuantía de una pensión alimenticia establecida en pacto», en esta *Revista*, núm. 517, 1976, págs. 1455 y sigs.

- BONET CORREA: «La pensión de alimentos ante la depreciación monetaria (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1976)», en *ADC*, XXX-3, 1977, págs. 716 y sigs.

5. En el momento de finalizar estas notas, ante la escasez argumentativa aludida para la fundamentación de esta sentencia, parece que lo más sensato es considerar con BONET CORREA —en *ADC*, 1978, cit., pág. 87— que «el Tribunal Supremo ha preferido referirse exclusivamente a los presupuestos subjetivos de las partes..., sin tomar en cuenta las alteraciones monetarias, al menos, directamente, sin mencionárlas».

JOSÉ CERDÁ GIMENO

DETERMINACION DEL REGIMEN ECONOMICO-MATRIMONIAL EN DEFECTO DE CAPITULACIONES MATRIMONIALES, CUALIDAD DE LOS BIENES ADQUIRIDOS CONSTANTE MATRIMONIO.—VECINDAD CIVIL DEL ESPOSO CAUSANTE, transcurso de diez años en territorio de Derecho foral, inicio del cómputo del plazo.—VECINDAD CIVIL Y FECHA DEL MATRIMONIO DEL CAUSANTE: DELGADO contra PEREZ y otros (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1977).

ANTECEDENTES

1) *Demanda*.—Por parte de don C., uno de los hijos del causante, se interpuso demanda contra sus restantes hermanos, su madre y un tercero (transmitente de una finca-apartamento a favor de la madre).

Los hechos que fundamentaron la demanda eran éstos:

- *Don C., causante*, era natural de «X.» (población española no catalana) y vino con sus padres y hermanos a Barcelona el día 12 de mayo de 1923, y desde entonces tuvo su residencia y domicilio habitual en dicha ciudad ininterrumpidamente. Al

no haber hecho en vida manifestación alguna ante el Registro Civil adquirió la regionalidad catalana al cumplirse los diez años de dicha residencia, o sea, el día 12 de mayo de 1933. Acompañaba acta notarial acreditando tales extremos (1) y certificación del Padrón de Habitantes del Ayuntamiento de Barcelona acreditando lo expuesto.

● El causante contrajo matrimonio con la *demandada*, *doña H.*, en la ciudad de Barcelona. La *fecha de dicho matrimonio* (2) era —a juicio del demandante— la del día 11 de enero de 1934, fecha de la transcripción del matrimonio canónico en el Registro Civil: en esa fecha el causante había adquirido la regionalidad catalana.

● Los contrayentes no otorgaron capitulaciones matrimoniales y, en aplicación del artículo 7 de la Compilación de Cataluña, su régimen económico-matrimonial era el de absoluta separación de bienes.

● De dicho matrimonio nacieron cuatro hijos, el actor y los otros tres demandados.

● El causante falleció en Barcelona en 1971, sin haber otorgado testamento. Promovido expediente de declaración de herederos *abintestato*, se dictó auto en 1971 declarando herederos *abintestato* del causante a todos sus hijos, *sin perjuicio de la cuota legal usufructuaria del tercio destinado a mejora que corresponde a doña H. como cónyuge supérstite*.

● Señalaba la *serie de bienes relictos* por el causante, y entre ellos incluía un apartamento en la costa, escriturado notarialmente a favor de un señor, tercero adquirente hipotecario.

● Hacía constar que los herederos *abintestato* del causante no habían podido tomar posesión de los bienes hereditarios por detentarlos la viuda, que también retenía los títulos de adquisición de los mismos.

● El demandante había intentado previamente *acto conciliatorio* entre el mismo y todos los demandados, allanándose la hermana *doña R.* y oponiéndose los demás hermanos y la madre.

● El demandante, antes de plantear el juicio, había propuesto a su madre y hermanos un arbitraje de equidad, siendo árbitros un Letrado por cada parte litigante y el Decano del Colegio de Abogados de Barcelona. Propuesta que quedó incontestada.

● El demandante señalaba al Juzgado *las cuestiones a resolver*:

1.ª Determinación y declaración de si el causante había adquirido la regionalidad catalana el día 12 de mayo de 1933.

2.ª Determinación y declaración, en consecuencia, de si el régimen económico-matrimonial correspondiente al matrimonio celebrado el día 11 de enero de 1934 (3) es el de gananciales.

3.ª Determinación y declaración, como consecuencia, de si los bienes relictos por el causante pertenecen, en cuanto a una mitad, a su viuda *doña H.*, en concepto de gananciales, o si, por el contrario, siendo de aplicación el régimen de separación de

(1) No se indica en el «relato» del ponente el tipo de acta notarial ni el contenido de ella.

(2) Este dato es trascendental en el litigio, como se verá luego.

(3) A retener este dato: que es la apreciación personal del actor.

bienes, pertenecen íntegramente a la herencia, y por ello, por iguales cuartas partes, a sus cuatro hijos.

4.^a Determinación y declaración sobre los derechos de la viuda en la herencia del causante.

5.^a Determinación y declaración acerca de si el apartamento en la costa pertenece a la viuda —a cuyo nombre se había escriturado previamente, antes de venderlo a un tercero— o, por haber sido adquirido por el causante en documento privado, debe formar parte de la herencia de éste.

La demanda terminaba con el suplico de los siguientes *pronunciamientos* (4):

1.º Declarar que el causante estableció el día 22 de mayo de 1922 (*sic*) su residencia en Barcelona, y que por el transcurso de diez años adquirió en 12 de mayo de 1933 la regionalidad civil catalana.

2.º Declarar que *habiendo contraído matrimonio* en dicha ciudad *el 11 de enero de 1934* con la demandada, doña H., sin haber otorgado escritura de capitulaciones matrimoniales, el régimen económico-matrimonial de dichos consortes fue el de separación de bienes y no el de gananciales.

3.º Declarar que, como consecuencia, todos los bienes dejados a su fallecimiento por el mencionado causante deben integrar la herencia del mismo, sin que corresponda parte alguna de los mismos a su viuda en concepto de gananciales.

4.º Declarar que la sucesión intestada del causante viene regulada por las disposiciones sobre la misma contenidas en la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, siendo herederos *abintestato* de dicho causante, por iguales cuartas partes, sus hijos.

5.º Declarar que a la viuda del causante corresponde, o bien la cuarta marital, consistente en el usufructo de la cuarta parte de la herencia líquida del causante (deducidas las legítimas y los gastos de última voluntad, entierro y funeral), o bien el usufructo de la mitad de dicha herencia (con las mismas deducciones). *Y condenando a doña H. a que opte* por uno u otro de tales derechos, que son incompatibles, y fijando el Juzgado, en defecto de acuerdo, entre los herederos y dicha demandada, los bienes sobre los cuales debe dicho usufructo recaer.

6.º Condene a la misma demandada a rendir cuentas documentadas y justificadas de los frutos y rentas percibidos, desde la fecha del fallecimiento del causante, de los bienes que se declaren libres de tal usufructo, y entrega del saldo resultante de dicha rendición de cuentas a los herederos del causante, por cuartas partes a cada uno de ellos.

7.º Declarar que el apartamento... fue comprado por el causante y pagado por el mismo, declarando nula y sin ningún efecto la escritura pública otorgada por don J. —*el transmitente, también demandado*— a favor de la viuda doña H., y nula la inscripción de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de..., inscripción que manda cancelar.

8.º Condene a don J. a otorgar escritura de venta pública de dicho apartamento a favor de los herederos de don C., causante, con apercibimiento de otorgarla el Juzgado en su nombre y rebeldía.

(4) Se procura aquí reproducir en esencia todo el contenido del *petitum* de la demanda, luego recogido más o menos totalmente en las sentencias del litigio, haciendo más tarde las *referencias* oportunas.

9.º En defecto de los anteriores, condene a don J., por incumplimiento de su obligación de otorgar la escritura de venta del citado apartamento a favor del causante o sus herederos, a indemnizar a éstos los daños y perjuicios causados por tal incumplimiento contractual, cuya cuantía se determinará en el período de prueba del juicio y, en su defecto, en el de ejecución de sentencia.

10.º Condene a *doña H. (viuda) y a sus hermanos —también demandados—* a otorgar con el demandante escritura de manifestación, aceptación, inventario y partición de los bienes de la herencia del causante, en la que se incluyan como bienes de la herencia las fincas descritas... y el apartamento mencionado...

11.º Condene al demandado o demandados que temerariamente hicieren oposición a la demanda, en las costas del juicio.

2) *Contestación a la demanda:*

- La demandada *doña R.* se había *allanado* en el acto conciliatorio y, por incomparecencia, fue declarada en rebeldía.

- Los demandados *doña H. (madre del actor) y sus demás hermanos* *contestaron y se opusieron* a la demanda, sentando como *hechos*:

- No se aceptaban las manifestaciones hechas por los tíos de los demandados en el acta notarial.

- No se aceptaba la fecha de llegada a Barcelona de su padre.

- La *fecha inicial*, a efectos del cómputo de residencia para ganar la regionalidad catalana es *en 1930*, y hasta el 31 de diciembre de 1940 no perdió el causante la vecindad civil común.

- No aceptan la fecha del matrimonio del causante y *doña H.*: el matrimonio se contrajo *canónicamente el día 22 de abril de 1933* (los archivos parroquiales fueron destruidos en la guerra), y hasta el 11 de enero de 1934 el matrimonio no fue inscrito en el Registro Civil.

- Cuando el causante contrajo matrimonio no tenía la regionalidad catalana, por lo que su régimen económico-matrimonial es el sistema legal supletorio de la sociedad de gananciales.

- La herencia debe deferirse conforme al régimen de gananciales, no siendo aplicable la *Compilación Catalana*. Por tanto, el Juzgado —al resolver sobre la declaración de herederos *abintestato* del causante— presupone acertadamente que los cónyuges están sometidos al Derecho común, de modo que la reserva en el auto formulada tiene plena virtualidad.

- Se niega la compra por el causante del apartamento en la costa, escriturado a favor de *doña H.* *después* de la muerte del causante, sin confabulación ni retención de contrato alguno (5).

- No se acepta que los demandados no quieran sus-

(5) Debe hacerse notar que la escritura es firmada tan sólo *dos meses* después de morir el causante.

cribir la partición de herencia ni que retengan la posesión de los bienes, sino que lo que quieren es que se respeten los derechos de la viuda.

Terminaban suplicando al Juzgado que en su día se dicte sentencia desestimando la demanda y absolviendo libremente de la misma a los demandados, con imposición de costas al demandante.

● El demandado don J. (vendedor del apartamento) *contestó y se opuso* a la demanda, argumentando: que se considera dispensado de contestar a la mayoría de los hechos de la demanda por tratarse de un pleito que gira en torno a la declaración de derechos hereditarios de la esposa e hijos del causante, que no existió confabulación con doña H. para escriturar a favor de ésta el apartamento referido y lo que se hizo fue cumplir la voluntad del causante conforme a los tratos preliminares *mantenidos de palabra (sic)*. Y termina con la *súplica* de que se dicte sentencia por la que, desestimando la acción contra él ejercitada, se declare no haber lugar a la misma y que el demandado sea absuelto de la demanda, con condena en costas al actor.

3) *Sentencia del Juzgado.*—El Juzgado correspondiente dictó sentencia, con el fallo que sigue: Que *estimando en parte la demanda*, debo declarar y declaro:

- 1.º ... (*Igual al pedimento 1.º de la demanda.*)
- 2.º ... (*Igual al pedimento 2.º: atención a la fecha del matrimonio, el 11 de enero de 1934.*)
- 3.º ... (*Igual al pedimento 3.º*)
- 4.º ... (*Igual al pedimento 4.º*)
- 5.º ... (*Igual casi todo al pedimento 5.º: a salvo el inciso final, relativo a la condena de doña H. del derecho de opción y determinación de los bienes sobre que debe recaer el usufructo.*)
- 6.º ... (*Igual al pedimento 6.º*)
- 7.º ... (*Igual al pedimento 10.º: salvo el inciso final, respecto a la inclusión entre los bienes relictos del apartamento.*)

Condenando a los referidos demandados —la viuda y los tres hijos— a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y *absolviendo* a los mismos y a don J. del resto de las peticiones contra ellos deducidas. Sin imposición de costas.

4) *Sentencia de la Audiencia Territorial.*—Recurrida la sentencia del Juzgado por los demandados, la viuda e hijos, la Audiencia Territorial dicta sentencia, con el siguiente fallo:

Que *confirmamos la sentencia* dictada por el Juzgado..., *estimando en parte la demanda* contra..., y *declaramos*:

- 1.º al 4.º ... (*Igual que en la sentencia del Juzgado.*)
 - 5.º ... (*Igual en todo al pedimento 5.º de la demanda: es decir, con la inclusión del inciso final sobre opción de la viuda.*)
 - 6.º y 7.º ... (*Igual que en los puntos 6.º y 7.º de la sentencia del Juzgado.*)
- Absolvemos* a los demandados de las demás pretensiones frente a ellos

interesadas. *No hacemos* expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

5) *Recurso de casación por infracción de Ley*.—Los demandados doña H. y sus dos hijos, oponentes al actor, interponen recurso de casación fundado en los siguientes *motivos*:

1.º Basado en el artículo 1.692, 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba que resulta de documento auténtico obrante en autos: el documento es el certificado municipal del Padrón de Habitantes, que acredita que el causante *se inscribió* en dicho Padrón el día 31 de diciembre de 1930, y no cabe dar retroactividad a la declaración del Padrón al afirmar «una residencia de siete años antes».

2.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 2 de la *Ley de 12 de marzo de 1938*, en orden a la *derogación de la Ley de Matrimonio Civil de 28 de junio de 1932*: porque los autos recogen la certificación de la Curia Diocesana en la que se hace constar que el causante y doña H., recurrente, *contrajeron matrimonio canónico el día 16 de julio de 1933*, en la parroquia de...; por tanto, es incuestionable la *validez* del expresado matrimonio canónico, así como *sus plenos efectos civiles desde el momento de su celebración* —lo que precisamente preceptúa el citado artículo 2 de la Ley de 12 de marzo de 1938—. En consecuencia, dicho artículo de la Ley de 12 de marzo de 1938 es conculcado si —conforme a la sentencia recurrida— se pretende que el referido matrimonio tuvo lugar el día 11 de enero de 1934, cuando por mandato legal sus efectos civiles se contraen al 16 de julio de 1933, según lo acreditado fehacientemente por la Curia Diocesana.

3.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por aplicación indebida del artículo 15, 3.º, apartados 2.º y 4.º, del Código Civil —precepto entonces vigente en la redacción anterior de 1889—, y hoy artículo 14 del Código Civil: porque evidenciado el error de la fecha inicial de residencia del causante, lo cierto es que tomando por imperativo legal *como fecha del matrimonio con efectos civiles* la del 16 de julio de 1933, en que tuvo lugar el matrimonio canónico, resulta claro que *al celebrarse* dicho matrimonio no había todavía transcurrido el plazo de diez años para ganar la vecindad catalana, como exige la norma que se denuncia infringida; por tanto, el régimen matrimonial era el de gananciales y la sucesión del causante debe regirse por las disposiciones del Derecho civil común.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Alto Tribunal dicta sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, y sienta la siguiente doctrina:

● *Primera sentencia:*

1.º *Como cuestión previa* a la solución adecuada del recurso de casación de que se trata, es de tener en cuenta *la reiterada doctrina jurisprudencial*, sancionada, entre otras, en sentencias de..., *esclareciendo el con-*

cepto de documento auténtico, a que hace referencia el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que «para merecer tal carácter se precisa que se trate de documento con fuerza probatoria irrefutable, de modo que siendo indudable la certeza de su contenido, por sí mismos evidencien, sin necesidad de deducciones o interpretaciones, más o menos lógicas, la indudable equivocación del juzgador de Instancia».

2.º *Haciendo aplicación al presente caso* de lo expuesto en el precedente, *es de llegar a la solución desestimatoria del primero* de los motivos...: puesto que el Padrón de Habitantes no viene adornado de las indicadas precisas cualidades requeridas para revelar autenticidad..., dado que *lo único que prueba dicho Padrón por sí solo* es la realidad de haberse hecho por el declarante y el funcionario, en su caso, en él interviniente las manifestaciones que contiene, *pero no que las mismas sean exactas*, cual es preciso para que se produzca la veracidad indiscutible de hechos contrarios a los establecidos por el juzgador de Instancia en la sentencia recurrida, reveladores del error de hecho que se imputa por los recurrentes...

3.º *A mayor abundamiento, la inconsistencia del citado primer motivo* de casación surge de que la Sala sentenciadora —*en cuanto acepta los considerandos* de la que dictó el Juzgado de Primera Instancia— *aprecia que el causante llegó a Barcelona* en la primera quincena del mes de mayo de 1923, e incluso con más precisión *el 12 de ese mes y año, estableciendo, en consecuencia, un hecho probado* en tal aspecto deducido de los diversos medios probatorios aportados al juicio, entre los que fue objeto de apreciación, discusión, análisis e interpretación el invocado Padrón, *pues con ello se desprovee de autenticidad, a los fines pretendidos*, al expresado documento, al no poder considerarse como auténtico aquel que el juzgador examinó y tuvo en cuenta para emitir su fallo...

4.º *En trance de pronunciarse sobre el segundo* de los motivos..., *es de estimar en razón* a que previniendo el citado artículo 2 de tal Ley especial (6)..., y que... *unido a que la sentencia recurrida reconozca* —al aceptar los considerandos de la del Juzgado— *que el matrimonio canónico contraído por ambos cónyuges conste celebrado el 16 de julio de 1933...*, *está poniendo claramente de manifiesto que a esa fecha es a la que hay que estar*, cual expresan los recurrentes, y *no a la de 11 de enero de 1934, que la sentencia impugnada acoge como la a asignar a dicho vínculo, desde el momento en que el referido matrimonio goza de plenitud de efectos civiles desde el día de su celebración, con independencia de la fecha de su transcripción...*, toda vez que, como ya tiene declarado esta Sala *en Sentencia de 12 de noviembre de 1964...*, por lo que a las disposiciones reformadas no se les da carácter retroactivo, y puesto que, según se declara *en la Resolución de la Dirección General de los Registros de 12 de marzo de 1941...*, el único que debe inscribirse en el Registro es el primero —o sea, en este caso, el canónico—...

5.º *No obstante la estimación del invocado segundo motivo* de casación, *es de llegar a la solución de no acoger la viabilidad del tercero...*, *ya por la circunstancia de no acogerse el primer motivo, manteniéndose, en consecuencia, como fecha de inicio de residencia de don C. en Barcelona* la de la primera quincena de mayo de 1923, e incluso con más precisión el 12 de dicho mes y año que la recurrida sentencia acoge; claro es

(6) La Ley es la de 12 de marzo de 1938, antes citada: el contenido de dicho artículo se expone más tarde en las notas.

que aun en el caso de reconocerse, como se reconoce, que el matrimonio... ha producido efectos civiles desde la fecha de 16 de julio de 1933..., *han transcurrido los diez años exigidos para ganar vecindad en Barcelona el citado don C...., y desde el momento en que no consta que, antes de terminar los expresados diez años requeridos para ganar dicha vecindad, el interesado hubiese manifestado su voluntad en contrario e impidiese, en consecuencia, que se diese origen a la mencionada vecindad foral.*

6.º Por todo lo expuesto, y *ante la acogida del segundo* de los motivos..., y, en consecuencia, estimarse que en la sentencia recurrida se ha cometido infracción de Ley..., *procede declarar haber lugar a él y casar la sentencia indicada..., y procediendo dictar por separado la sentencia que corresponda sobre los extremos objeto del pleito respecto de los cuales recae la casación.*

FALLO: Debemos declarar y declaramos *haber lugar* al recurso... en cuanto al *segundo* motivo formulado, y *no haber lugar a los restantes, sin hacer expresa condena en costas...*

● Segunda sentencia:

Por los fundamentos de hecho y de Derecho de la sentencia de casación que precede, y *considerando* que:

1.º Los argumentos expuestos en el cuarto de los considerandos de la sentencia de casación... *conducen a la desestimación del particular del pedimento segundo de la súplica del escrito de demanda inicial* —que la sentencia recurrida acoge—, referente a la declaración de que el matrimonio... *fue contraído el día 11 de enero de 1934.*

2.º *En cuanto a las demás pretensiones formuladas en la referida demanda* —y que la sentencia impugnada acoge— *es de estimarlas, en razón a los razonamientos (sic) expuestos al resolver los motivos de casación 1.º y 3.º..., si bien con remisión a la fecha de 16 de julio de 1933, asignable al precitado matrimonio.*

3.º No apreciándose temeridad ni mala fe jurídica en las partes, *no es de hacer especial declaración en cuanto a las costas...*

FALLO: Revocando en parte la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, y, en su consecuencia, *estimando en parte la demanda, declaramos:*

1.º a 5.º ... (En todo igual a la sentencia de la Audiencia: con la excepción aludida de la fecha del matrimonio.)

6.º y 7.º ... (Igual a los 6.º y 7.º de la sentencia de la Audiencia.)

Absolvemos a los demandados de las demás pretensiones frente a ellos interesadas. No hacemos expresa imposición de costas.

NOTAS CRÍTICAS

1. En una primera aproximación parece relevante el dato o aspecto normativo a la hora de valorar la razón fundamentadora de la decisión de este litigio. Entonces habría que atender a esa norma concreta —artículo 2 de la Ley de 12 de marzo de 1938—, expresiva en el sentido de que:

«Los matrimonios canónicos celebrados durante la vigencia de la Ley de 28 de junio de 1932 producirán todos los efectos civiles desde su celebración, sin perjuicio de los derechos adquiridos a título oneroso por terceras personas... A los fines de los artículos 325 y 327 del Código Civil, las partidas sacramentales de los expresados matrimonios canónicos que no hubieran sido precedidos o seguidos de matrimonio civil, deberán ser transcritas en el de este nombre, de oficio o a instancia de parte, en el plazo de sesenta días a contar desde la publicación de esta Ley.»

Sin embargo, de lo expuesto como *aparente* tenemos el dato cierto de que se trata con esta *acogida de ese motivo 2.º* de mantener un rigor *formal* con las fechas: en cuanto a la fecha del *matrimonio* del causante con la demandada doña H. Porque a la hora de la verdad, prácticamente se acogen todos los pedimentos de la demanda, excepto el relativo al apartamiento en la costa. En nada va a cambiar la *situación jurídica de doña H.* por ser acogido ese aspecto formal. En sentido similar al aquí expuesto, las *notas* de J. CADARSO PALAU a esta sentencia (véase en ADC, XXXI-4, 1978, págs. 917 y sigs.).

2. En una segunda aproximación, el dato formal dicho de la fecha del matrimonio tenía un relieve *material* o sustantivo, ya que alrededor de esta fecha *giraba el tema central* de la determinación del régimen económico-matrimonial del matrimonio del causante y doña H. Dado que el *aspecto fáctico probado* había ya acreditado que el causante había adquirido la regionalidad catalana en 1933, en nada afectaba a ello que la fecha fuera en ese año o en el siguiente: el régimen matrimonial supletorio en Cataluña de separación de bienes era el aplicable.

3. En una tercera aproximación, *la adquisición de la vecindad civil* era ya el tema de la *Sentencia de 2 de marzo de 1977* (Blanco v. Esteva), por mí comentada en estas páginas anteriormente: también allí se discutía acerca de la residencia ininterrumpida durante más de diez años, sólo que entonces era residencia en territorio de Derecho común. La cuestión aparece hoy resuelta por el *artículo 225 del Reglamento del Registro Civil* (Real Decreto 628/1987, de 8 de mayo), acentuando el automatismo inherente a la residencia ininterrumpida durante diez años en un determinado territorio a los efectos de un cambio de vecindad civil.

Sin embargo, en el ámbito de la *doctrina* han surgido recientemente voces varias a la hora de interpretar qué cosa sea el concepto de «vecindad civil» y su interconexión el de «vecindad administrativa». Ello ha proveído de sectores de la doctrina u operadores jurídicos provenientes del *ámbito docente o profesoral* (7), sin que abunden las aportaciones de aquellos operadores del *ámbito práctico o ejerciente del Derecho*, que quizá habrían iluminado perfiles de la figura implícitos en la dinámica social y en la propia praxis jurídica.

4. En una cuarta aproximación, no deja de ser un tanto curioso que la doctrina catalana —tan atenta siempre a toda aparición en el mundo

(7) Por todos, véase COCA PAYERA: «Vecindad administrativa y vecindad civil. Génesis de un precepto legal», en R. J. Cat., 1981, pág. 177; «Condición política, vecindad administrativa y vecindad civil balear (en torno a los arts. 6 y 7 del Estatuto de Autonomía)», en la revista *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Universitat Illes Balears, núm. 10, 1985, págs. 9 y sigs.; «Comentari a l'article 3er.», en el volumen colectivo de F. BADOSA COLL *et alii*: *Comentaris a les reformes del Dret Civil de Catalunya*, volum I, Barcelona, 1987, págs. 77 y sigs.

Véase también R. BERCOVITZ: «La vecindad civil en los Estatutos de Autonomía», en R. J. Cat., 1981, págs. 370 y sigs.

del Derecho *con incidencia* en el ámbito catalán— apenas se haya ocupado ni preocupado por comentar o anotar esta sentencia. Parece como si hubieran considerado *normal* que el Tribunal Supremo fallase así como lo hizo. ¿O esa escasez de comentarios proviene de la *época* de transición política en que el Tribunal Supremo la dicta, ocupados los catalanes en la preparación de «su Estatuto»? Con todo, no deja de ser aludida en la recentísima obra de I. RIBAS ALGUERÓ: *La vecindad civil: problemática en torno a su régimen jurídico y a su prueba*, Barcelona, 1984, Ed. Bosch, páginas 164 y sigs., *especialmente págs. 188 y sigs.*

5. Finalmente, apuntar que el tema de la «vecindad civil» sigue en pie como uno de los graves obstáculos que cierran el paso a un posible entendimiento entre las diversas regiones de España con Derecho civil especial. A las tesis defendidas por las regiones que pierden población por su menor dinámica económica —que postulan un principio personalista—, se oponen las de las regiones más desarrolladas —a favor de un principio territorialista—. Un intento de conciliación se hizo en el «Congreso de Jurisconsultos» de Zaragoza en 1981, pero como toda postura ecléctica, acabó sin contentar a nadie en el fondo. Hay tema para debate abierto. Todos están llamados a dar razones para tamaña sinrazón.

JOSÉ CERDÁ GIMENO

DEMANDA DE SEPARACION CONYUGAL POR MALOS TRATOS Y RECONVENCION DE NULIDAD DE MATRIMONIO POR PREVIO MATRIMONIO CIVIL EN EL EXTRANJERO SEGUIDO DE DIVORCIO: la Ley de 23 de septiembre de 1939 y la distinción basada en según sea el matrimonio previo del cónyuge extranjero canónico o civil: PEREA contra FOLDESSY (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1977).

ANTECEDENTES

1) *Demanda*.—Por parte de la esposa se formulaba demanda contra el marido basada en malos tratos, coacciones y amenazas, con el suplico de que se dictase sentencia declarando la separación legal conyugal por culpa del marido.

Los hechos en que se basaba la demanda eran presentados de distinta forma por una y otra parte:

- *Para la esposa*, las desavenencias conyugales obedecían a la actitud violenta del marido y sus coacciones: v.gr., al «negarle el derecho a recibir visitas, no obstante ser la casa de ella»; «censurarle tener un hijo en un sanatorio y dejarse ver por un hombre, aunque fuese médico» (*sic*); dar palizas a los hijos; arrojar de casa a los dos hijos mayores; amenazar a la esposa con un cuchillo; romper mobiliario; no dejarle usar del talonario de la cuenta corriente bancaria, etc.

- *Para el marido*, el origen radicaba en haber comenzado la vida matrimonial en un piso de la madre de la esposa, piso compartido con otros huéspedes, y luego las desavenencias consistieron en la distinta concepción de ambos cónyuges acerca de la educación de los hijos debido a la excesiva tolerancia de la madre con las notas de sus hijos mayores, que éstos rehusaron

trabajar con el padre en el negocio de su propiedad, que lo que quería su mujer era continuar con sus hijos en el domicilio conyugal sin estar sometida a la autoridad del padre.

2) *Reconvencción*.—Por parte del *marido* se alegaba como base de su pretensión:

- Que era de origen húngaro, habiendo contraído matrimonio en Hungría en forma civil en 1928, matrimonio disuelto en 1938 por divorcio por el Tribunal civil pertinente.

- Que al trasladarse a España siempre creyó de buena fe que su precedente matrimonio estaba disuelto, por lo que inició expediente para contraer matrimonio civil en España, matrimonio contraído con la demandante en 1943.

- Que había adquirido la nacionalidad española en 1953.

- Que actualmente tenía fundados motivos para suponer que el matrimonio contraído en España con la demandante podía ser nulo, por no reconocerse en España las sentencias de divorcio extranjeras.

En la *contestación a la demanda* terminaba con la súplica de que se dictase sentencia absolutoria de la demanda formulada y declarando no haber lugar a la separación conyugal solicitada, con condena en costas a la actora.

En el suplico de la *demand reconvenccional* se pide al Juzgado se dicte sentencia por la que se declare nulo el matrimonio contraído entre ambos cónyuges litigantes e inscrito en..., ordenando dejar nota suficiente en dicho Registro de la sentencia declaratoria de la nulidad, con cuantos pronunciamientos fuesen congruentes con la declaración citada.

3) *Réplica y dúplica*.—La *parte actora*, en trámite de *réplica y contestación a la reconvencción*, insistió en los pedimentos de su demanda y rechazó los de la reconvencción, y termina con la súplica de que —para el supuesto de que se declarase ahora la nulidad de ese enlace conyugal contraído en España— lo fuese con la culpabilidad del esposo y con la declaración de producir efectos civiles en favor de la esposa y de los tres hijos del matrimonio.

La *parte demandada*, en trámite de *dúplica*, insiste en los hechos, fundamentos de Derecho y súplica de la contestación a la demanda y de la reconvencción.

4) *Ministerio Fiscal*.—En fase procesal de traslado de la demanda, niega los hechos y suplica se dicte sentencia desestimando la demanda, con condena en costas a la actora.

En fase procesal pertinente, no evacua el trámite en orden a la reconvencción. Y, finalmente, solicita al Juez se dicte sentencia absolutoria de la demanda y de la reconvencción.

5) *Sentencia del Juzgado*.—Dicta sentencia con el siguiente fallo:

- *Desestimando la demanda*, debo absolver y absuelvo de la misma a don...

- Y *estimando la reconvencción*, debo declarar y declaro nulo el matrimonio civil contraído entre los citados litigantes en 1943 ante el encargado del Registro Civil de... e inscrito al..., en cuyo

Registro Civil se tomará nota de la presente sentencia una vez que sea firme, debiendo producir efectos civiles el matrimonio que se declara nulo solamente respecto a los hijos habidos en él, y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la expresada demandante a estar y pasar por lo declarado y a realizar lo necesario para llevarlo a efecto. *Sin expresa imposición en costas.*

6) *Sentencia de la Audiencia Territorial.*—Por parte de la esposa demandante se interpuso recurso de apelación ante la pertinente Audiencia Territorial.

Son dignas de citar algunas de las *argumentaciones* contenidas (1) en la sentencia de la Audiencia, v.gr.:

- No se concede la nulidad demandada en reconvencción al tomar en cuenta las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de marzo y 5 de abril de 1966 y las observaciones al Convenio de La Haya de 1 de junio de 1970.
- Se apoya en la Ley de 23 de septiembre de 1939, que derogó la Ley de Divorcio de 2 de marzo de 1932.

● Concluye con las *afirmaciones* de que «es factible deducir que el orden público no es obstáculo a la validez del vínculo controvertido, cual admitió la Delegación del Gobierno español en sus observaciones al Convenio de La Haya de 1 de junio de 1970, afirmando que sólo parece poder quedar fuera del orden público español el reconocimiento de sentencias de divorcio de extranjeros, dictadas en el extranjero, cuando la Ley nacional de los dos esposos permite el divorcio y siempre que no se trate de un matrimonio canónico».

El fallo de la Audiencia es: que *estimando el recurso* de apelación interpuesto por doña... (la actora), revoca la sentencia recurrida en su fallo, y *desestimando la demanda y la reconvencción*, absolvemos a las partes de las recíprocas pretensiones por las mismas deducidas. *Sin especial atribución de costas en ambas instancias.*

7) *Recurso de casación por infracción de Ley.*—Por parte del marido demandado se interpone recurso de casación, fundado en los *motivos* siguientes:

1.º Basado en el artículo 1.692, 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de Derecho en la apreciación de la prueba, consistente en no haber valorado la Audiencia la certificación literal del matrimonio contraído en 1943 con la actora: en dicha certificación literal consta que el marido, en el momento de contraer matrimonio en España, se encontraba divorciado del matrimonio contraído en Hungría en 1928; por tanto, constando el hecho de su situación de divorciado, no podía contraer en España matrimonio civil válido, pues esa disolución del vínculo que tal divorcio proclama chocaba con el orden público entonces existente en España y el posterior matrimonio resultaba, por tanto, nulo, y así tenía que declararse.

2.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *por violación por la aplicación* (2) de los artículos 83, 5.º; 101, 1.º, y 51 del

(1) Tomadas de la exposición o «relato» del ponente, entresacadas de los motivos 1.º y 4.º del recurso de casación y del considerando undécimo de la sentencia del Tribunal Supremo.

(2) Así *subrayado* y destacado en el considerando tercero del Tribunal Supremo.

Código Civil (3), en relación con el artículo 11, párrafo final, del Código Civil, y de diversas sentencias del Tribunal Supremo. Por tanto, como los preceptos y doctrina legal invocados se pronuncian contrariamente a la validez de posibles matrimonios ulteriores celebrados en España por súbditos extranjeros divorciados con arreglo a su Ley nacional, es evidente que la sentencia recurrida, al no haber aplicado esos artículos ni tampoco la doctrina legal citada..., *ha violado por inaplicación la Ley* (4).

3.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación del artículo 9 del Código Civil, en relación con el artículo 11, párrafo último, del Código Civil, y artículos 52; 51; 83, 5.º, y 101, 1.º, del Código Civil (4 bis): porque es indiscutible que el matrimonio contraído entre los litigantes en 1943, lo fue en un momento en que él se hallaba divorciado y carecía de capacidad para contraer matrimonio por hallarse ligado a otro anterior; consiguientemente, tal matrimonio era nulo, por haberse celebrado con persona inhábil para contraerlo. Y dada la condición de divorciado en el extranjero que tiene el recurrente, su divorcio no podía originar efecto extintivo del vínculo en España, por ser ello opuesto al concepto de orden público interno existente entonces en nuestro país.

4.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación de los artículos citados del Código Civil en el motivo precedente, y además, de la Ley de 23 de septiembre de 1939: porque la sentencia de la Audiencia se funda sustancialmente en lo establecido en la *Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de marzo de 1976*, pero dicha doctrina no es aplicable al supuesto litigioso, que es totalmente diferente del contemplado en aquella resolución, y que la cita que hace la sentencia recurrida de la Ley de 23 de septiembre de 1939 «es poco afortunada y supone una violación de dicha Ley», ya que ésta proclama el matrimonio como uno e indisoluble y considera que todo aquello que afecte a la indisolubilidad es de orden público.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En sentencia de la que fue ponente don Manuel Taboada Roca se establece la doctrina siguiente (5):

1.º *Contra la tesis desestimatoria de la reconvención* alza el recurrente su recurso, *en cuyo primer motivo...* (6).

2.º La simple enunciación del motivo proclama *su improcedencia*, porque viene a mantenerse en él que esa certificación invocada... reconocía *la situación de divorciado en el esposo, afirmación* que no sólo no es negada ni desconocida por la sentencia impugnada, sino *que le sirve precisamente como base para construir la tesis desestimatoria de la reconvención*, y por si ello fuera poco, después el recurrente expone las consecuencias jurídicas que, a su juicio, deben derivarse de tal situación de divorciado, *lo cual nada tiene que ver con el supuesto error de Derecho que se denuncia*, en el que *no sólo habría que demostrar* que el juzgador desconocía la eficacia probatoria de ese documento, *sino también señalar*,

(3) En su redacción precedente de 1958.

(4) Así subrayado y destacado en el considerando tercero del Tribunal Supremo.

(4 bis) Véase nota 3 precedente.

(5) En la manera típica de operar de este ponente se produce un vaciado completo de alguno o algunos de los considerandos.

(6) Resume el ponente este motivo en la forma dicha en el apartado 7) de los antecedentes.

clara y concretamente, *la norma valorativa de prueba* que con ello se había infringido y *el concepto* en que tal infracción se cometía, *nada de lo cual se cumple* en el motivo, *que por tal razón tiene que perecer*.

3.º *En el segundo motivo* se atribuye a la sentencia recurrida... (7).

4.º *Con referencia a este motivo y como causas para la desestimación del mismo*, cabe destacar: *primero...*, se acusa *la violación por aplicación* de determinadas normas, *lo cual no constituye* ninguno de los conceptos o modos de infracción del artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; *segundo*, además, se incurre en la contradicción de sostener, al final del motivo, que la sentencia al no aplicar aquellos preceptos «ha violado por inaplicación la Ley», olvidándose de que *lo que había denunciado era la violación por aplicación*, todo lo cual es opuesto a la claridad y precisión que exige el artículo 1.720 de la Ley de enjuiciar.

5.º *En el motivo tercero...* se alega... (8).

6.º *Con relación a este motivo*, conviene tener presente: *en primer lugar*, que la sentencia recurrida no deja de tener en cuenta los preceptos invocados por el recurrente, sino que varios de ellos los cita expresamente y otros los sobreentiende, por lo cual *no puede sostenerse fundadamente que los haya violado*, y *en segundo término*, para sostener la procedencia de tal motivo *se hace supuesto de la cuestión*, atribuyendo a dichos preceptos un alcance distinto del que dio el juzgador, y *sin atacar por adecuada vía esta exégesis*; se afirma en tal motivo... (9), cuando precisamente eso era lo que había que demostrar para enervar la eficacia de la sentencia que legalmente proclama lo contrario...

7.º En cambio, *en el desarrollo de este motivo*, el recurrente se dedica a ensalzar la interpretación que dio la sentencia de primer grado al concepto de orden público interno y a sostener que no son acertados los razonamientos de la de segundo grado —que *admite* la validez de las nuevas nupcias de divorciados cuando lo son de uniones civiles, y la *niega* a los divorciados de uniones canónicas—, porque en el sentir del recurrente... (9).

8.º *Como acertadamente proclaman múltiples resoluciones de la Dirección General de los Registros* (10), la indisolubilidad del matrimonio es esencialmente básica..., pero *no es una regla absolutamente rígida*, pues *admite inflexiones*, y *con mayor razón ha de admitirlas cuando se trata de matrimonios que*, por la nacionalidad de los cónyuges, *han de regirse*, según las normas españolas de conflicto, *por leyes extranjeras*, si según éstas se admite el divorcio vincular.

9.º *A este respecto es necesario distinguir según que el previo matrimonio del cónyuge extranjero fuera canónico o civil*: pues *siendo canónico*, una constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo estima que por razones de orden público el impedimento de ligamen persiste... (10), y, en cambio, siendo el matrimonio previo *de carácter meramente civil (sic)*, los principios de comunidad jurídica universal y el carácter restrictivo con que debe hacerse uso de la excepción de orden público *han obligado, cuando de matrimonio ya celebrado en el extranjero se trata, a estimar que ha desaparecido el impedimento de ligamen a consecuencia*

(7) Resume el ponente este motivo en la forma dicha en el apartado 7) de los antecedentes.

(8) *Así subrayado* en el original por el ponente en el considerando cuarto.

(9) Resume aquí el ponente *este motivo* 3.º en la forma dicha en el apartado 7) de los antecedentes.

(10) Conviene tener presente que, aunque ya establecida la democracia en España en el momento de dictarse la sentencia, el fallo se fundamenta en la base legal entonces existente y en sus nociones básicas, que hoy entendemos como «preconstitucionales».

del divorcio dictado de acuerdo con la correspondiente Ley personal y que, en consecuencia, el nuevo matrimonio es válido.

10.º *Este distinto tratamiento del matrimonio canónico y del civil respecto al divorcio obtenido con arreglo a las normas en principio aplicables según las reglas del conflicto, tiene su apoyo en la propia Ley de 23 de septiembre de 1939, que distingue claramente estas dos clases de matrimonio, pues con relación a los canónicos establece la continuidad del vínculo... y, en cambio, tratándose de divorcios recaídos sobre matrimonios civiles, la Ley remite esas reglas de excepción al principio de irretroactividad, dando a entender que el divorciado puede contraer matrimonio con tercera persona.*

11.º *En atención a lo que razonado queda, cabe afirmar, como lo hace la sentencia recurrida, que «es factible deducir...» (11).*

12.º *En el motivo cuarto se atribuye a la sentencia recurrida... (12).*

13.º *También la formulación de este motivo es defectuosa, porque contraviene lo dispuesto en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil..., invocando como normas violadas varias de las que el juzgador expresamente ha tenido en cuenta y atribuyéndolas distinto alcance, sin demostrar qué normas de hermenéutica se han infringido, defectos todos ellos, comunes a los otros motivos del recurso, que puso de relieve el Ministerio Fiscal en su informe oral oponiéndose a la estimación del recurso en su totalidad.*

14.º *La desestimación de él comporta la condena en costas al recurrente, por imperio de lo prevenido en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

FALLO: No ha lugar.

NOTAS CRÍTICAS

1. En primer lugar, destacar que *el entramado sociológico* de este supuesto litigioso sigue siendo tan interesante años después que ha merecido la atención de estudiosos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo más cualificados que el firmante, v.gr.: PUENTE EGIDO: *Derecho Internacional Privado español. Doctrina legal del Tribunal Supremo*, Edit. Universitaria de Barcelona, Barcelona, 1981, págs. 741 y sigs.

2. En segundo lugar, señalar que habiendo variado *los presupuestos normativos patrios* tras la entrada en vigor de la Constitución en 1978 y de la reforma del Código Civil en 1981, sin embargo, la aparición de posibles supuestos litigiosos similares al aquí anotado es bastante posible, ya que los enlaces de la postguerra —años cuarenta— entran o pueden entrar en crisis precisamente ahora. Dato a tener en cuenta.

3. En tercer lugar, a mi modo de ver, lo significativo de este litigio no es el aspecto relativo a la incidencia de un divorcio precedente —con ser dato importante—, que afecta a la demanda *reconvencional*: la *demand inicial* viene basada en unas circunstancias *fácticas* derivadas de actitudes personales o desavenencias conyugales. Quizá la *desestimación* de la demanda obedeciera a la difícil prueba de tales aspectos fácticos en los

(11) Aquí el ponente recoge aquellas *afirmaciones* que antes se han subrayado en el apartado 6) de los antecedentes.

(12) El ponente resume el *motivo* 4.º expuesto en el apartado 7) de los antecedentes.

que parece predominar la nota de subjetividad sobre la objetividad, y de ahí la dificultad de prueba.

4. En cuarto lugar, no parece hoy tan decisivo el dato del «precedente» sentado por esta sentencia en relación con otros supuestos litigiosos similares que en el futuro pudieran presentarse, por varias razones: la primera, que el dato básico —con la normativa actual— es la quiebra irremediable de un matrimonio; la segunda, que ese biotipo de un carácter fuerte y autoritario de un marido/padre puede seguir dándose en la realidad, aunque cada vez menos por la influencia de la realidad social circundante, y la tercera, que si la prueba era difícil ante la normativa del artículo 105, 2.º, del Código Civil en su redacción de 1958, parece más facilitada en la vigente redacción del artículo 82, 1.º, párrafo 1.º, del Código Civil dada en 1981.

5. Finalmente, la decisión de este litigio —si se plantease hoy con circunstancias sociológicas similares— podría llevar a consecuencias diferentes de las sentadas por el ponente en su sentencia. Tanto en cuanto a la separación conyugal objeto de la demanda, como en orden al divorcio en el extranjero aludido en la reconvención. Este es mi punto de vista, a salvo mejor criterio, claro está.

JOSÉ CERDÁ GIMENO

NORMA DE COLISION EN CASO DE ALIMENTOS INTERCONYUGALES: artículo 9 del Código Civil y punto de conexión subsidiario en defecto de Ley nacional común; demanda de divorcio entre extranjeros tramitada en el extranjero pendiente de ejecución en España; prueba del Derecho extranjero; aplicación de la analogía y de la equidad: KUCKELKORN contra KUCKELKORN (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1977).

ANTECEDENTES

1) *Demanda.*—Por parte de la esposa se formula *demanda* contra el marido y se alegaba: Que ambos se habían casado en Alemania en 1952; que habían tramitado en Alemania su divorcio al amparo de su Ley personal, divorcio pendiente de ejecución en España, lugar donde el matrimonio tiene todos sus bienes, por haber adquirido varios inmuebles en España constante matrimonio; que su régimen matrimonial era el de gananciales; que el marido había ido entregando a la esposa diversas cantidades para su manutención durante todo el procedimiento. Termina con la súplica de que se dicte sentencia condenando al demandado a pagar a la actora, en concepto de alimentos, la cantidad de 300.000 pesetas, hasta tanto se eleven a definitivas, o se proceda a practicar la liquidación de la sociedad conyugal en ejecución de sentencia de divorcio, con expresa condena en costas a la parte demandada.

En la *contestación a la demanda*, el marido oponía a las pretensiones de la demanda: la nulidad de actuaciones, por infracción del artículo 1.610 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que no se acredita documentalmente el matrimonio de ambas partes; subsidiariamente, la inaplicabilidad del Derecho español a la obligación de prestación de alimentos entre ambas partes, ya que ambos son alemanes y tal derecho a alimentos debe

regirse por la Ley alemana y no por el Código Civil español; subsidiariamente, la inobservancia de las normas procesales españolas sobre ejecución de sentencias extranjeras y la excepción de orden público. Se solicitaba la desestimación de la demanda, con condena en costas.

2) *Sentencia del Juzgado*.—El Juzgado estima *parcialmente* y recoge todos los pedimentos de la demanda, salvo en orden a la cuantía de los alimentos, que cifra en 75.000 pesetas mensuales. Sin condena en costas.

3) *Sentencia de la Audiencia*.—La sentencia de la Audiencia estima el recurso de apelación elevado por el marido demandado y lo absuelve de los pedimentos contenidos en la demanda. Sin condena en costas.

4) *Recurso de casación*.—La esposa demandante plantea el recurso de casación, fundado en los *motivos* siguientes:

Primero: Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por inaplicación del artículo 9, 7.º, inciso 2.º, del Código Civil: si la alimentista no podía obtener los alimentos con arreglo a la Ley nacional común a ambos, debía de haberse aplicado dicho inciso 2.º, al quedar probado que la demandante tiene en España su residencia habitual y, en consecuencia, sólo la Ley española era aplicable al caso.

Segundo: Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 4, 1.º, y 72 del Código Civil (1), violados por su no aplicación: cita la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de septiembre de 1971, en el sentido de entender aquí aplicable la distinción entre los casos de sentencias de divorcio extranjeras que lesionan el orden público y los casos en que ello no sucede; que hay identidad de *ratio* y debe aplicarse el artículo 4, 1.º, del Código Civil, al ser idénticas las situaciones de divorcio y de declaración de nulidad del matrimonio, y existen efectos comunes a ambas situaciones, cuales son los de carácter patrimonial, que no infringen el orden público, y de ellos destaca la prestación de alimentos. Por tanto, es aplicable el artículo 72 del Código Civil.

Tercero: Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por inaplicación del artículo 4, 1.º, del Código Civil, en relación con el artículo 68, 5.º, del Código Civil (1): se basa en la identidad de *ratio* ya aludida, identidad de situación entre el supuesto del artículo 68, 5.º, del Código Civil, citado, y la derivada de sentencia de divorcio dictada en el extranjero pendiente de *exequatur*. Cita la *Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1969* (2), que expresamente reconoce a las sentencias extranjeras de divorcio los efectos patrimoniales de separación en el Derecho español, y es obvio que el derecho de alimentos tiene un acusado carácter patrimonial.

Cuarto: Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 2, 2.º, del Código Civil en materia de equidad: ya que la equidad ha de ser tomada en cuenta o ponderarse en la aplicación de las normas, lo que, sin duda, la sentencia de la Audiencia no ha tenido en cuenta.

(1) En su redacción de 1958.

(2) La cita es errónea, ya que la fecha de la sentencia es del 13 de marzo —y no del 18 de marzo—: puede verse dicho supuesto de hecho, muy interesante, en la recensión y notas por mí efectuadas en esta *Revista*, núm. 477, 1970, págs. 532 y sigs.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Fue ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, que fundamenta su fallo como sigue:

1.º Que *en los cuatro motivos* del recurso se denuncia... (3), mas como en todos ellos se argumenta en el sentido de la aplicabilidad de la Ley civil española, y en el caso presente se trata de súbditos alemanes que contrajeron matrimonio en..., y *el presupuesto para la aplicación de la misma está en que su Derecho no esté regulado por la Ley nacional*, prueba que incumbe a la parte actora sin que en los presentes autos lo haya siquiera intentado, *es evidente la improsperabilidad de los mismos*.

2.º Que *la desestimación de todos los motivos lleva a la del recurso*, con condena en costas.

FALLO: No ha lugar.

NOTAS CRÍTICAS

1. La primera sugerencia que nos ofrece la lectura detenida de este litigio y su fallo es la de cierta desazón e incomodidad, ya que parece alimentar algunas dudas en cuanto a la justicia de la decisión.

2. En segundo lugar, es muy pobre la presentación del litigio y una cierta endeblez se desprende de la argumentación sobre el fallo del Alto Tribunal. Creo que se podría haber dicho bastante más... y mejor.

3. En tercer lugar, una mayor extensión en estas *notas* no parece del todo necesaria dado que plumas más expertas han tratado de este litigio y de su solución con brillantez y rotundidad. Así, el profesor PUENTE EGIDO, en su *Derecho Internacional Privado español: Doctrina legal del Tribunal Supremo*, Ed. Universitaria de Barcelona, Barcelona, 1981, *número de referencia* 128, págs. 464 y sigs. Bastaría con remitirme a dicho lugar en este momento. Con todo, una alusión a la posición resumida de dicho profesor y especialista parece procedente:

● Para PUENTE EGIDO, «desde una perspectiva formal hay indicios que inducen a pensar se ha producido aquí un supuesto de denegación de justicia».

Entiende que la sentencia de divorcio alemana, «cualquiera que haya podido ser su efecto en España, no podía producir efectos inmediatos en nuestro país».

Distingue dos grandes apartados: uno, el relativo a la Ley extranjera aplicable y su sustitución por la Ley material española; el otro, en orden a la prueba de la Ley extranjera y la carga de esta prueba.

En cuanto a *la Ley extranjera aplicable*, dice que tanto la Audiencia Territorial como el Tribunal Supremo *tienen razón en la fijación de la Ley aplicable*, ya que «de acuerdo con las normas conflictuales del foro, la Ley que regía esta demanda de alimentos era el Derecho alemán (art. 9, 7.º, del Código Civil)». La

(3) Aquí el ponente simplemente alude a los cuatro motivos y cita tan sólo los artículos que se denuncian infringidos, sin ulteriores argumentaciones o consideraciones. Lo despacha, sin más.

parte demandante descuidó este aspecto, lo que conduce a la desestimación de la demanda.

En cuanto a *la prueba de la Ley extranjera*, considera que tras la reforma del título preliminar del Código Civil en 1974, y a la vista de los artículos 12, 6.º, y 9, 7.º, del Código Civil, no parece procedente ni justificado el modo de actuar del Tribunal *a quo*, ya que —en base al artículo 9, 7.º, del Código Civil— al sugerir esta norma la aplicación de la Ley de la residencia habitual de la persona que reclama los alimentos «cuando ésta no pueda obtenerlos de acuerdo con la Ley nacional común», *lo adecuado sería una interpretación flexible* y ver como causa justificativa de la aplicación de esta Ley *no solamente la imposibilidad jurídica o legal* porque la Ley nacional común no garantice tales alimentos, *sino también la imposibilidad fáctica de obtenerlos*, aunque la Ley del alimentista y alimentante los pudiera garantizar. Entiende que «*ésta podría haber sido la situación en el caso presente*, al menos mientras se resuelve el trámite del reconocimiento de la sentencia alemana de divorcio en España, por lo que se refiere a los efectos patrimoniales. Existiría aquí un supuesto particular de adaptación o armonización entre el Derecho extranjero alemán y el Derecho material español» (todos los subrayados son míos: J. C. G.).

4. Finalmente, a la hora de *cotejar* esta decisión del Tribunal Supremo con otras decisiones del mismo Alto Tribunal en otros supuestos anteriores de naturaleza y materia similar, es evidente que no se observa una línea clara jurisprudencial en materia de *la competencia potencial o sustitutiva de la Ley material española* en relación con la Ley material extranjera *inaplicable o inaplicada*: así, en el comentario del profesor PUENTE EGIDO, *op. et loc. cit.*, pág. 467. Dicho autor censura duramente la postura cómoda del Tribunal Supremo en este caso, refugiándose en un *non liquet* de difícil justificación, y en claro contraste con la doctrina de otros fallos del Tribunal Supremo en que se presume un sometimiento a nuestro Derecho por el hecho de invocar la aplicación de nuestra Ley y silenciar la de la Ley extranjera.

JOSÉ CERDÁ GIMENO

ALIMENTOS INTERCONYUGALES: prueba no practicada.—CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: constitución de depósito y artículo 1.758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: **SANTAMARIA contra TORRENTE** (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1977).

ANTECEDENTES

1) *Demanda*.—Por parte de la esposa, por sí y en nombre de sus hijos menores, se dedujo demanda contra el marido sobre alimentos provisionales, terminando con la súplica de que se dictase sentencia por la que se condene al demandado al pago de alimentos en cuantía de 350.000 pesetas mensuales.

Por la actora se propuso *la prueba documental*, consistente en la remisión de un oficio a la Delegación de Hacienda de la provincia de..., Sección

de Impuesto sobre Rendimientos del Trabajo Personal, para que con relación al contribuyente don... (el demandado), se expida certificación de —entre otros extremos— la expresión del total de ingresos de dicho contribuyente, base imponible y base liquidable atribuida a dicho señor en los años 1971, 1972, 1973 y 1974.

Declarada pertinente dicha prueba, por parte de la Delegación de Hacienda no se contestó. En consecuencia, la parte actora de nuevo solicitó que se interesase el cumplimiento de la misma: a cuya petición el Juez declaró no haber lugar.

2) *Sentencia del Juzgado*.—El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia condenando al demandado al pago de alimentos en la cantidad de 350.000 pesetas mensuales, elevándose cada dos años con el índice del coste de la vida del Instituto Nacional de Estadística, con el carácter de *provisionales*, hasta que en el juicio declarativo correspondiente, si alguna de las partes lo promoviese, se fije definitivamente la cantidad; y declaró que el pago ha de hacerse por mensualidades anticipadas y a partir de la fecha de presentación de la demanda, y si el demandado no hiciese efectiva la pensión de los meses de... (eran el corriente y el precedente) y de los sucesivos dentro de los cinco primeros días de cada mes, se procederá a su exacción por los trámites establecidos para el procedimiento de apremio después del juicio ejecutivo. Todo ello sin expresa condena en costas.

3) *Sentencia de la Audiencia*.—El demandado apelaba la sentencia de Primera Instancia, y durante el trámite de instrucción, la parte actora interesó el recibimiento a prueba de la documental solicitada en su día y no practicada. Al oponerse el marido, parte apelante, la Sala dictó *auto* declarando no haber lugar a la práctica de la prueba solicitada.

La Audiencia dicta sentencia por la que se revoca el pronunciamiento de la del Juzgado en cuanto a la cuantía de la pensión —que concede en la suma de 200.000 pesetas mensuales— y *sin* estabilización bianual, y se confirman el resto de los pronunciamientos de la sentencia del Juzgado. Sin condena en costas.

4) *Recurso de casación por quebrantamiento de forma*.—Por la esposa demandante se interpone este recurso, fundado en el artículo 1.693, 3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la falta de recibimiento a prueba en la Segunda Instancia de la documental solicitada referida, debiendo aplicarse, por remisión expresa, los artículos 893 y 897 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, se establece la doctrina siguiente:

1.º Que al interponerse este recurso por quebrantamiento de forma, se hizo sin haberse efectuado el depósito prevenido en el artículo 1.698, párrafo último, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que *se está en el caso de desestimar*lo al estarse en presencia del supuesto de inadmisión que establece el artículo 1.758 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en

la presente fase procesal se convierte en de *desestimación*..., y ser constante doctrina de esta Sala reflejada en diversas sentencias...

2.º Que ante la declaración de *no haber lugar* al recurso de casación por quebrantamiento de forma en cuestión, es de mandar se entreguen los autos a la parte recurrente para que en el término preciso de veinte días, que empezará a correr desde el siguiente al de la correspondiente entrega de los autos, formalice el recurso de casación por infracción de Ley o doctrina..., al haberse hecho la protesta expresada en el artículo 1.768, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO: *No* ha lugar, con condena en costas.

JOSÉ CERDÁ GIMENO