

III. Sentencias del Tribunal Supremo

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA y
RICARDO DE ANGEL YÁGÜEZ

LA CASACION NO ES UNA TERCERA INSTANCIA (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—Si bien la Ley reformadora de 6 de agosto de 1984 suavizó el rigorismo formal de la normativa anterior, prescindiendo de la tan criticada categoría del documento auténtico, no por ello convirtió la casación en una tercera instancia, donde este Tribunal pueda examinar libremente todos los elementos de convicción aportados a las actuaciones, sino que cuando se utiliza dicha vía el *thema decidendi* queda limitado a resolver si los documentos que se invocan demuestran, en efecto, la equivocación del juzgador, ya porque no existan otras pruebas en contrario, ora porque carezcan de eficacia para desvirtuar su contenido, idoneidad para el fin perseguido de acreditar el desacierto en la tarea juzgadora, de la que carecen las declaraciones testificales.

J. Q. S.

EL DEMANDANTE PUEDE LLAMAR AL PROCESO A QUIEN TENGA POR CONVENIENTE. NO ES PRECISA UNA MANIFESTACION CLARA DE LA SOLIDARIDAD PARA SU EXISTENCIA (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que para lograr el éxito de su pretensión debe el actor traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa, en unos casos para impedir que resulten afec-

tados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en juicio, y en otros, para evitar la eventualidad de sentencias contradictorias y sin posible ejecución, situaciones litisconsorciales que pueden apreciarse incluso de oficio, no es menos cierto que cuando tales exigencias o riesgos no existen por fundamentarse la pretensión actuada en una relación jurídica contractual o extracontractual en la que sólo aparecen como elementos subjetivos el actor y el demandado o demandados, debe regir el principio general que faculta al demandante para llamar al proceso a quien tenga por conveniente, sin perjuicio, claro es, de la consiguiente condena en costas cuando se haya demandado con temeridad o mala fe a quien claramente no debió serlo.

Hay reiterada doctrina de esta Sala en el sentido de no ser precisa una manifestación clara y terminante de la solidaridad para su existencia, bastando que los términos usados, por su significación gramatical y lógica, evidencien la voluntad de los contratantes de deber prestar o poder pedir íntegramente las cosas objeto de la obligación.

J. Q. S.

NO ES PRECISA LA PARTICION CUANDO CONCURREN TODOS LOS HEREDEROS PARA DISPONER DE UN BIEN HEREDITARIO (SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—La partición es precisa para poder disponer alguno de los herederos de determinados bienes concretos pertenecientes a la masa hereditaria, pero no lo es, en cambio, cuando concurren todos los herederos para disponer de alguno de los bienes que integran el caudal hereditario, en cuyo caso se entienden efectivamente adjudicados a los mismos en *pro indiviso*, pero pueden disponer los coherederos actuando conjuntamente.

J. Q. S.

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE PREFERENCIA SALARIAL ESTA SOMETIDO A UN PLAZO DE PRESCRIPCION Y NO DE CADUCIDAD (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—La tesis de que el plazo de ejercicio de los derechos de preferencia del crédito salarial, que consagra el artículo 33, 6, es un plazo de prescripción y no de caducidad, es defendida por el Letrado del Estado, negando que en dicha norma se contenga un derecho sujeto a caducidad, tesis que ha de prosperar, ya que aunque la redacción del texto que inicia el apartado 6 del artículo 33 de la Ley de 10 de marzo de 1980 pudiera dar pie a la interpretación que exponen las sentencias de instancia, entendiendo que en él se consagra un Derecho potestativo cuyo prefijado término de viabilidad opera en vía de caducidad, no puede darse al olvido que la Ley, cuyo artículo 59 revela inequívocamente que el legislador ha contemplado tanto las situaciones de prescripción como las de caducidad, puesto que bajo esta precisa rúbrica —prescripción y caducidad— desarrolla la normativa en cuyo seno se albergan las de una y otra naturaleza, utiliza, en aquel mismo discutido precepto, artículo 33, 6, el

término «prescripción» para referirse al efecto que el transcurso del tiempo produce sobre los derechos de preferencia del crédito salarial a que se contrae, señalando así que la institución legalmente querida es esta de la prescripción.

J. Q. S.

LAS SOCIEDADES IRREGULARES SE RIGEN POR LO PACTADO (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—Las sociedades irregulares o de hecho, informadas como tales indispensablemente por la voluntad de unión con *animus* o *affectio societatis*, se rigen *inter partes* por lo pactado (arts. 1.255 y 392, párrafo 2, del Código Civil), según esta Sala tiene declarado reiteradamente, pues ya advirtió la Sentencia de 5 de julio de 1982 que la disposición del artículo 1.669 de dicho cuerpo legal no supone necesariamente que nacida por voluntad negocial una sociedad civil, irregular por falta de elementos formales, quede sometida totalmente en su estructura y, sobre todo, en sus efectos económicos y patrimoniales al régimen de la copropiedad, sino que habrá de estarse a lo convenido; lo que, en definitiva, significa que en las relaciones sociales internas habrá de aplicarse íntegramente el régimen de la sociedad creada, sea el convencional, sea el establecido en el título VIII del libro cuarto del Código Civil.

J. Q. S.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS: EL CRITERIO SUBJETIVISTA ESTA ATENUADO CON PAUTAS DE CARACTER OBJETIVO (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—Si bien el artículo 1.902 del Código Civil descansa en un principio culpabilista, lo que significa la exigencia de que el acto dañoso sea antijurídico por vulneración de la norma, aun la más genérica (*alterum non laedere*) protectora del bien agraviado, la diligencia exigible comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino todos los que la prudencia imponga para prevenir el evento, con lo que se atenúa aquel criterio subjetivista con pautas de carácter objetivo dimanantes del principio de la creación del riesgo y en aras de una más propugnable solidaridad social.

J. Q. S.

RESOLUCION DE COMPRAVENTA: NO ES COMPARABLE EL MERO IMPAGO CON EL INCUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—La resolución contractual no puede tener viabilidad, dado que si ciertamente existe un descubierto en el pago del precio asignado a la compraventa en cuestión, al derivar de condicionantes aducidas por el comprador para la normal efectividad de tal contrato, singularmente para poder alcanzar secuencia registral y aportación para

ello de la documentación para otorgamiento de la correspondiente escritura pública, ese descubierto, no obstante, no es generador del incumplimiento que requiere el artículo 1.504 del Código Civil, al no ser equiparable a la causa resolutoria que el mismo acoge el mero impago, simple situación de hecho, con el incumplimiento, concepto de alcance jurídico; si conforme a lo establecido en el artículo 1.157 del Código Civil, el pago ha de realizarse exactamente en la forma establecida en el acto constitutivo de la obligación, al consistir, según proclama la Sentencia de esta Sala de 9 de julio de 1948, no sólo en la prestación de lo que se debe, sino también cómo se debe, determina que no puedan dar origen a sanción resolutoria contractual aquellos aspectos que afecten a ambas circunstancias reflejadas por lógicas condicionantes a la jurídica formalidad del contrato a que afecten, derivadas de pretensión de aportación de documentos a fines de consignación de la compraventa en cuestión en escritura pública e inscripción registral, en garantía de hecho y jurídica de dicho contrato concertado.

J. Q. S.

CASO FORTUITO: NO PUEDE DARSE CUANDO FALTA LA ADECUADA DILIGENCIA (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—Cuando el acaecimiento dañoso fue debido a incumplimiento del deber relevante de previsibilidad, no puede darse la situación de caso fortuito, debido a que con ese actuar falta la adecuada diligencia por omisión de la atención y cuidado requerido con arreglo a las circunstancias del caso, denotando una conducta interfiriente frente al deber de prudencia y cautela exigibles, que, como de tal índole, es excluyente de la situación de excepción que el artículo 1105 establece, al implicar la no situación de imprevisibilidad, insufribilidad o irresistibilidad requeridas al respecto.

J. Q. S.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL: REQUISITOS (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—Respecto a los requisitos exigibles para la estimación de la responsabilidad extracontractual, deben distinguirse los que participan de un matiz fáctico, como la acción u omisión y el daño, y los que tienen un predominante carácter jurídico, como la culpa o negligencia atribuible al agente y la relación de causalidad entre el daño y el hecho originador imputable al sujeto, siendo de destacar que la calificación de la acción u omisión como culposa o negligente exige la posibilidad de la previsión por el agente de que el resultado dañoso podía originarse por omisión de aquella diligencia que exige la naturaleza de la obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

J. Q. S.

ELEMENTOS DEL CASO FORTUITO (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—Siendo la esencia vitalizadora del caso fortuito, que regula el artículo 1.105 del Código Civil, y, por tanto, consecuencia de irresponsabilidad que el mismo establece, que el suceso considerado sea imprevisible, insuperable o irresistible, que no se deba a la voluntad del autor del auto enjuiciado, haciendo imposible el cumplimiento de la prestación, y que haya relación entre el evento y el resultado.

J. Q. S.

SERVIDUMBRE POR DESTINACION DEL PADRE DE FAMILIA: REQUISITOS (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—En relación con la llamada por la doctrina francesa e italiana «constitución de servidumbre por destinación del padre de familia o del propietario común», institución que tuvo su origen en los postglosadores, que admitieron que cuando el propietario de dos predios destinaba uno de ellos al servicio de otro con signos visibles, se entendía constituida la servidumbre por el hecho de dejar de pertenecer ambos predios al mismo propietario, sin que se hiciese constar manifestación contraria y que pasó a nuestro Código, por el conducto de la legislación extranjera y de la jurisprudencia, apareciendo recogida en el artículo 541 del Código Civil, tiene declarado esta Sala que para que los Tribunales puedan declarar la realidad y subsistencia de una servidumbre de las reguladas en este precepto, es indispensable que quien ejercita la acción para conseguirlo acredite cumplidamente: Primero: La existencia de dos predios pertenecientes a un único propietario. Segundo: Un estado de hecho del que resulte por signos visibles y evidentes que uno de ellos presta al otro un servicio determinante de semejante gravamen, en el supuesto de que alguno cambiara de titularidad dominical. Tercero: Que tal forma de exteriorización hubiere sido impuesta por el dueño común de los dos. Cuarto: Que persistiere en el momento de transmitirse a tercera persona cualquiera de dichas fincas. Quinto: Que en la escritura correspondiente no se exprese nada en contra de la pervivencia del indicado derecho real (Sentencia de 30 de diciembre de 1975), habiéndose reiterado en la más reciente de 7 de julio de 1983 que el artículo 541 establece una singular manera de constituirse alguna servidumbre predial aparente, conocida por «destinación del padre de familia», mediante la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Dos predios pertenecientes a un solo propietario. b) Un estado de hecho entre ambos del que resulte por signos visibles y evidentes que el uno presta al otro un servicio determinante de una servidumbre. c) Que estos signos demostrativos de la servidumbre fueran establecidos por el dueño común, el «padre de familia». d) Que uno de los predios sea enajenado por éste sin establecerse nada en contra de la pervivencia de tal servidumbre.

J. Q. S.

COPROPIEDAD: A CADA TITULAR LE PERTENECEN TODAS LAS UTILIDADES DE LA COSA (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—Según la denominada teoría de la «propiedad plúrima total», recibida como la mejor fundada sobre la naturaleza jurídica de la copropiedad y que se conceptúa más acomodada a nuestro ordenamiento positivo, cada copropietario tiene un derecho de dominio pleno en cuanto a su extensión, pero limitado en lo referente a su intensidad por la concurrencia de los demás, de manera que a cada titular le pertenecen todas las utilidades de la cosa, aunque el ejercicio del derecho venga constreñido cuantitativamente por la coexistencia de otros tantos derechos iguales, situación de donde arranca el concepto de «cuota», como razón o medida en cuya virtud se limitan y armonizan recíprocamente las posiciones de los cotitulares.

Lo prohibido al condeño en la comunidad ordinaria, y al cosucesor en la hereditaria, es la enajenación de la cosa común, o de un bien concreto del caudal en la segunda, sin que medie la anuencia de los demás interesados; pero incluso a esta última hipótesis una línea jurisprudencial más evolutiva ha precisado que no se trata de un caso de nulidad del negocio, sino de un contrato con eficacia puramente condicional, en cuanto subordinado al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en todo o en parte en las operaciones divisorias.

J. Q. S.

EL ARQUITECTO DIRECTOR DE OBRA ES RESPONSABLE DE LA IDONEIDAD DE LOS MATERIALES UTILIZADOS (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—Constituye un deber ineludible para los profesionales que intervienen en la realización de una obra comprobar cumplidamente la idoneidad de los materiales utilizados en la construcción, atribución de responsabilidad que no sólo es dable achacar a los constructores, en tanto suministran y utilizan tales materiales, y a los aparejadores o arquitectos técnicos, en cuanto los emplean en mezclas constructivas, cuya dosificación y utilización deben inspeccionar, al ser una obligación que reglamentariamente les viene impuesta, sino que también es imputable al arquitecto de la obra, al estar incardinado tal deber de vigilancia dentro de sus obligaciones como director de aquélla, bajo cuya superior inspección y recibiendo las oportunas órdenes plasmadas en los correspondientes libros registros, han de actuar los primeros, según las reglas y normas de la buena construcción, cuyo deber como supremo responsable de la edificación ha de correr a cargo de tal dirección técnica.

J. Q. S.

PARA QUE PUEDA ORIGINARSE LA PRESCRIPCION ADQUISITIVA ES PRECISO TENER LA COSA EN CONCEPTO DE DUEÑO. ES IMPRESCRIPTIBLE LA ACCION PARA RECLAMAR LA NULIDAD DE UN CONTRATO POR INEXISTENCIA (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—Para que pueda originarse la prescripción adquisitiva, incluso extraordinaria, como medio de adquirir el dominio, es doctrina de esta Sala, tanto con arreglo a la legislación histórica, cuanto a la vigente en la actualidad, que se requiere no sólo el transcurso de los treinta años sin interrupción en la posesión; mas también que esta posesión no sea la simple tenencia material o la posesión natural, sino que ha de ser la civil, es decir, la tenencia unida a la intención de haber la cosa como suya «en concepto de dueño».

Esta Sala tiene reiteradamente sentada la doctrina de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de los contratos, al decir que «tratándose de inexistencia, el defecto es insubsanable e imprescriptible y, por ende, la acción para hacerlos valer» (Sentencia de 19 de diciembre de 1951), y que «en caso de inexistencia contractual determinada por la falta del consentimiento requerido por el número 1.º del artículo 1.261 del Código Civil, hay que recordar que con arreglo a reiterada doctrina de esta Sala, la acción para declararlo así, pese a lo prevenido por el artículo 1.961 del mismo ordenamiento, no está sujeta a prescripción extintiva, de acuerdo con la antigua regla *quod ad initium vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere*» (Sentencia de 20 de diciembre de 1975).

J. Q. S.

LA OFERTA PUEDE REVOCARSE MIENTRAS NO SE HAYA PERFECCIONADO EL CONTRATO (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—El contrato exige concurso de voluntades, y este concurso no existe cuando sólo media la manifestación de un propósito, retirado por su autor antes de ser aceptado por la otra parte, tal como ocurrió en el supuesto litigoso, en que el mismo día que se remitía una carta aceptando la oferta, el oferente o peticionario desistió de su pedido, dado que según la sentencia de 22 de diciembre de 1956, no existe concurso de voluntades cuando sólo media la manifestación de un propósito, retirado por su autor antes de ser aceptado por la otra parte, y según la Sentencia de 19 de noviembre de 1904, es indispensable que el consentimiento conste por palabras que con claridad lo expresen o por hechos que con toda evidencia lo signifiquen; doctrina que excluye que a la abstracción de los términos de la petición que la parte recurrida hizo a su contraparte y a la inseguridad del momento en que ésta manifestó su conformidad en relación con el de la retirada o desistimiento del pedido, pueda concedérsele el importante efecto jurídico de dar nacimiento a un contrato perfecto.

Es doctrina científica comúnmente admitida que la oferta puede ser revocada mientras el contrato no se haya perfeccionado, habiendo de constar de modo inequívoco y claro la coincidencia de oferta y aceptación,

sin que sea suficiente la primera mientras el destinatario no la admita plenamente, y sin que sea posible apreciar la existencia de aceptación cuando se formulan modificaciones o se altera la propuesta o se la somete a condición.

J. Q. S.

RESPONSABILIDAD CIVIL: JURISDICCION COMPETENTE PARA CONOCER DE RECLAMACIONES CONTRA LA ADMINISTRACION Y UN PARTICULAR (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—Se había formulado demanda por la Compañía Telefónica contra el Ayuntamiento de Bilbao y «Construcciones F.», por daños producidos en tendido telefónico propiedad de la primera en la ejecución de obras de excavación que para reparar una fuga de agua por cuenta del Ayuntamiento realizaba la empresa constructora también demandada.

El Juzgado dictó sentencia condenando a los dos demandados solidariamente. La Audiencia revocó parcialmente este fallo, condenando al Ayuntamiento y absolviendo a «Construcciones F.».

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Rafael Pérez Gimeno.

Doctrina de la Sala.—La Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, atendiendo a principios de justicia con los que pugnaba la legalidad anterior, que hacía recaer el daño exclusivamente sobre el titular del bien jurídico afectado, introdujo, con carácter general, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, disponiendo, a tal efecto, en su artículo 121, que dará lugar a indemnización toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos siempre que aquélla sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y estableciendo, al propio tiempo, el artículo 128 que en todos aquellos casos en que con arreglo a dicha Ley, la Administración esté obligada a indemnizar daños y perjuicios —es decir, en todos aquellos supuestos en que la Administración actúe como tal ente público, en ejercicio de potestades públicas—, la jurisdicción competente será la contencioso-administrativa, tanto se trate de la Central como de la Local, competencia que mantiene respecto de tales daños la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 3, b)) y la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (art. 40), y si bien es cierto que, como tiene declarado esta Sala en su Sentencia de 15 de noviembre de 1976, la conjunta demanda de la Administración con una persona jurídica privada, pretendidamente corresponsable del evento dañoso, determina la competencia exclusiva de la jurisdicción civil para su conocimiento por el carácter atractivo de la misma, pues siendo solidarias sus responsabilidades, de separarse la continencia de la causa se correría el riesgo de fallos contradictorios, lo que constituiría un absurdo lógico y jurídico; y si también es cierto que no puede dejarse a merced del demandante la determinación de la jurisdicción competente por ser materia de Derecho público y no de Derecho potestativo, y, por tanto, no puede quedar a la sola voluntad del actor el crear ficticiamente un litisconsorcio facultativo pasivo dirigiendo su demanda al propio tiempo que contra la Administración, también contra

una persona física o jurídica privada, con la consecuencia de atribuir la competencia a la jurisdicción civil, no es menos cierto que en supuestos como el presente, en que la Compañía Telefónica se dirigió por carta y por acto de conciliación a la empresa «F.», propietaria de la máquina excavadora con la que se produjeron los daños en la conducción telefónica y a cuyo servicio se encontraba el conductor de la misma, y se dirigió, igualmente, al Ayuntamiento, en primer lugar, para reclamarle el importe de los daños, ante el resultado infructuoso de la petición deducida contra «F.», y después para agotar la vía administrativa previa a la civil, sin que ni aquella ni éste contestasen a sus pretensiones ni aclarasen la situación respectiva de una y otro en relación con el hecho dañoso, dejando a la Compañía Telefónica en la más completa incertidumbre sobre quién o quiénes estaban legitimados pasivamente en el proceso a plantear, es indudable que sin perjuicio de que en éste se concretasen las correspondientes conductas y las subsiguientes responsabilidades de aquéllas derivadas, incluso con la absolución de «F.» —en cuanto, según la sentencia recurrida, no podía calificársele de contratista de la obra, sino todo lo más, de mera arrendataria de la máquina y de los servicios del operario conductor, que no consta que incumpliese las instrucciones y órdenes que la dirección municipal de la obra le comunicó respecto a la profundidad y trayectoria de la excavación—, estaban lícita y oportunamente traídos al proceso, tanto el Ayuntamiento titular del servicio público de la red de conducción de las aguas, como la entidad «F.», propietaria de la máquina con la que se produjeron los daños en el tendido telefónico y a cuyo servicio trabajaba el conductor de la excavadora; por lo que en aplicación de la doctrina expuesta anteriormente, procede rechazar el primer motivo del recurso deducido por el Ayuntamiento de Bilbao al amparo del número sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción anterior a la reforma, y en el que se denuncia el exceso de jurisdicción por conocer la jurisdicción civil de asunto de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, con infracción, por interpretación errónea, de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Procesal Civil y en los artículos 122, 2, de la Ley de Expropiación Forzosa; 3, b), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, y 40, 2 y 3, de la Ley sobre Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, rechazo que es consecuencia de la situación de litisconsorcio pasivo recogida anteriormente y que atribuye el conocimiento de la cuestión debatida a la jurisdicción civil.

Si la sentencia recurrida afirma en su cuarto considerando que «... la existencia y trazado de la línea (telefónica), amén de haberle sido comunicada por la Dirección del Gobierno en la Compañía Telefónica de España, S. A., en 1964, resultaba a todas luces evidenciada por la ubicación de las cámaras de registro números 472 y 186 situadas a la vista, en línea con el punto de excavación, a 47 y 93 metros, respectivamente, del mismo...», no puede afirmarse seriamente la imprevisibilidad del resultado por desconocimiento de la instalación y su ubicación sin destruir previamente tales afirmaciones fácticas, ello con independencia de si, en su día, se cumplieron o no todos los requisitos administrativos previos al tendido de la línea telefónica, pues cualquier omisión de licencia o autorización, además de serle imputable a la Administración local que con su pasividad consintió la posible infracción, no le eximiría en ningún caso de guardar

la diligencia exigible en la reparación de la conducción de agua potable para evitar daños a terceros, diligencia que no observó; como tampoco puede sostenerse que falta la relación de causa a efecto entre la acción ejecutada por los empleados municipales, apertura de una zanja, y el resultado dañoso producido, rotura de un cable telefónico, dado que tal resultado fue consecuencia directa e inmediata de aquel actuar; por lo que debe rechazarse el segundo motivo del recurso, que con amparo en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su anterior redacción, denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil, pues, en contra de lo que sostiene el recurrente, se dan todos los requisitos que condicionan tal responsabilidad civil, tal como han sido apreciados por la sentencia recurrida, cuya resultancia fáctica permanece inalterable; todo ello sin olvidar que la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, tal como fue formulada por la Ley de Expropiación Forzosa, tiene, por una parte, la naturaleza directa frente a la Administración —no subsidiaria respecto al funcionario— y, por otro lado, el carácter de objetiva al quedar eliminado el elemento subjetivo de culpa y responder el ente público en todo supuesto de daño efectivo, evaluable como únicamente e individualizado respecto a una persona o grupo de personas —salvo caso de fuerza mayor— producido como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público, lo que excluye la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil en supuestos como el de litis.

NOTA.—Esta sentencia reviste interés por los siguientes pronunciamientos:

a) La responsabilidad patrimonial de la Administración es directa, no subsidiaria respecto del funcionario.

b) Reviste carácter objetivo, al quedar eliminado el elemento subjetivo de la culpa y responder el ente público en todo supuesto de daño efectivo.

c) Cuando se ejercita la reclamación de responsabilidad civil contra la Administración y un particular, conjuntamente, es competente la jurisdicción civil.

d) No obstante lo anterior, no sería admisible que para someter la reclamación a la jurisdicción civil se crease ficticiamente un litisconsorcio, trayendo al juicio al particular sin motivo alguno.

e) Pero a pesar de esto último, es competente la jurisdicción civil, aunque luego se absuelva al particular demandado junto a la Administración, si al hacerlo se contaba con elementos que permitían suponer la posible culpa de ese particular.

f) No responde del trabajo de su empleado la empresa que arrienda una máquina excavadora a un Ayuntamiento, cuyos técnicos son los que dirigen la obra. Este último es un extremo que hemos tratado con alguna frecuencia, a efectos de intentar señalar la frontera entre los casos en que responde y en que no responde el comitente por daños derivados de acción del contratista o de sus empleados. Por ejemplo, en nuestro trabajo «Otra vez sobre el problema de la responsabilidad o irresponsabilidad del co-

mitente por daños causados por empleados del contratista», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio de 1985, págs. 839-852.

RICARDO DE ANGEL

DERECHO DE AUTOR. DERECHO FUNDAMENTAL A LA CREACION Y PRODUCCION ARTISTICA. RECONSTRUCCION DE OBRA DE ARTE DESMONTADA POR SU PROPIETARIO (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—Esta sentencia tuvo gran notoriedad pública en su día, siendo comentada por todos los medios de difusión, puesto que se trataba del conocido pleito en que el escultor Pablo Serrano, al amparo de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, demandaba a la empresa propietaria de un hotel que había encargado al artista una obra denominada «Viaje a la luna en el fondo del mar», y que después de tenerla instalada algún tiempo en el *hall* del hotel, la desmontó porque no se ajustaba al boceto elegido y contrastaba con la decoración del hotel, y guardó sus elementos componentes en un almacén, ante la negativa del autor a que se instalara en otro lugar. El demandante solicitaba que se reconociese su derecho fundamental a la producción y creación científica, condenando a la demandada a que se le entregasen los materiales de la obra, a fin de que el artista pudiera reconstruirla, así como a satisfacer la pertinente indemnización de daños y perjuicios, morales y patrimoniales, que el autor expresamente declaraba que iba a poner a disposición de la Dirección del Círculo de Bellas Artes de Madrid, puesto que no perseguía fin de lucro con su demanda.

El Juzgado estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción por inadecuación del procedimiento y, por tanto, desestimó la demanda sin entrar en el fondo. La Audiencia confirmó la sentencia del Juzgado.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, siendo ponente don José Beltrán de Heredia Castaño.

Formuló voto particular el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, en forma de sentencia, conforme autoriza el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Reproducimos, por su interés, la totalidad de los fundamentos de Derecho de esta sentencia, así como los no menos sugestivos del citado voto particular.

Doctrina de la Sala.—El presente recurso y el pleito de que trae causa derivan de otro anterior —terminado con Sentencia de este Tribunal Supremo de 21 de junio de 1965— interviniendo las mismas personas, en la misma calidad, las mismas cosas y la misma causa de pedir con arreglo a la legislación y al procedimiento vigentes a la sazón, relacionado con una obra escultórica intitulada «Viaje a la luna en el fondo del mar», realizada por el ilustre escultor que en los dos pleitos figuró como demandante, para ser instalada en el *hall* del hotel «Las Tres Carabelas» (propiedad de la empresa «Industrias Turísticas, S. A.» de la localidad de Torremolinos, donde una vez cumplido el encargo —con materiales y mano de obra suministrados por la empresa referida— y pagado su importe,

fue efectivamente instalada, aunque por poco tiempo, pues la empresa propietaria, alegando que lo realizado «no se ajustaba al boceto elegido» y contrastaba con la decoración del hotel, ordenó desmontarla, guardando sus elementos componentes en un almacén, ante la negativa del artista a que fuese instalada en ningún otro lugar; su pretensión, como demandante, se basaba en el derecho moral de autor, de carácter personalísimo, que le otorgaba la paternidad de la obra, que le permitía poder impedir que se deforme o mutile, con la facultad de reproducción e incluso de retirarla de la circulación, con base en lo cual **solicitaba una indemnización** por los daños y perjuicios ocasionados a su propiedad artística, que habrían de ser fijados en período de ejecución de sentencia; pretensión a la que se opuso el comprador de la obra, alegando su derecho de propiedad, sólo limitable por la Ley o la voluntad de las partes, decidiéndose la disputa en instancia y en casación en favor de lo segundo, con apoyo en la legalidad aplicable, a cuyo tenor el artista puede reproducir su obra y exponer la reproducción, pero no disponer del ejemplar concreto adquirido por quien lo compra, al que no se puede obligar a ser desposeído de lo que adquirió, sin que pueda deducirse otra cosa del Convenio de Berna de 1886, ni de las Conferencias de Roma de 1928 y de Bruselas de 1948, ratificados por España, pero que no tuvieron el necesario desarrollo positivo en nuestro país, donde continuaba rigiendo la vieja Ley de 10 de enero de 1879, que no permitía una solución diferente, en relación con el artículo 1.902 del Código Civil, que fue el alegado en apoyo de la pretensión ejercitada por la vía procedimental permitida.

El nuevo planteamiento se basa en el cambio de legislación producido en España a partir de la promulgación de la Constitución política de 1978 y de las leyes que, en este punto, la complementan, especialmente de la de 26 de diciembre del mismo año llamada de «Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona», que se estima no afectan al principio de cosa juzgada respecto de la Sentencia de este Tribunal Supremo, antes citada, de 21 de junio de 1965, afirmando que ésta tiene un límite cronológico inmanente que deriva de que la desestimación del recurso anterior se produjo por no existir disposición que específicamente sancionase o amparase el derecho que se pretendía, y teniendo la Constitución una eficacia directa y aplicativa inmediata, se explica que una situación jurídica lícita con anterioridad, pueda transformarse en otra ilegítima e inconstitucional desde el momento de la entrada en vigor de la Norma suprema, y justifica que se pueda ejercitar una pretensión distinta de amparo de un derecho fundamental, cual es el de la creación y producción artística del artículo 20, 1, apartado letra *b*), de la Constitución, pues la obra discutida fue sólo desmontada —no destruida— continuando como estaba, por lo que subsiste el efecto del acto y, consiguientemente, la posibilidad de hecho de que el artista la recree de nuevo, la modifique o incluso la retire, utilizando para ello el procedimiento jurisdiccional nuevamente creado; pretensión que fue desestimada en las dos instancias, donde se acogió la excepción formulada de contrario, de incompetencia de jurisdicción, por inadecuación de procedimiento, contra la que se alza el motivo primero del recurso, que, por el cauce del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, denuncia defecto en el ejercicio de la jurisdicción, con infracción de los 24, 1, y 53, 2, de la Constitución; de la disposición transitoria segunda, dos, de la Ley Orgánica del Tribunal Cons-

titucional de 3 de octubre de 1979, y del artículo 11, en sus dos números, de la Ley de 26 de diciembre de 1978; preceptos, los citados, a los que sirven de cobertura genérica los constitucionales, siendo de recordar que el 24, 1, proclama que las personas «tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión», y, a su vez, el 53, 2, dispone: «Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo, ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional»; en consonancia con lo cual y en virtud del principio rogado de la jurisdicción, el demandante, en su día, dedujo su pretensión por el cauce del procedimiento que creyó pertinente, al que se opuso la contraparte, justo en uso de su derecho, alegando la excepción referida, con base en las razones que consideró oportunas, dentro del único procedimiento en que podía hacerlo, que era el elegido por la parte actora para que se tramitase la pretensión, lo que priva de validez al reproche que el recurso formula en este sentido, contra los juzgadores de instancia, de seguir un procedimiento que después califican de inadecuado.

El derecho que se alega como perjudicado en este caso, se pone en relación con el artículo 20 de la Constitución, apartado 1, letra b), a cuyo tenor «se reconocen y protegen los derechos... a la *producción y creación... artística*», precepto que está incluido en la sección primera («De los derechos fundamentales y de las libertades públicas»), del capítulo segundo («Derechos y libertades»), del título primero («De los derechos y deberes fundamentales»); siendo de observar que lo que se consagra como fundamental es un derecho genérico e impersonal a producir o crear obras artísticas, pues no toda persona crea o produce arte, viniendo a proclamar la protección de una facultad; cuando se produce o crea, entonces lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el *derecho de autor*, que no es un derecho de la personalidad porque asimismo carece de la nota indispensable de la *esencialidad*, pues no es consustancial o esencial a la persona, en cuanto que no toda persona es autor, y conlleva la necesidad de la *exteriorización*, puesto que se crea o produce arte para ser exteriorizado, lo que implica el nacimiento de otro derecho en favor de aquellos a los que se exterioriza —público, adquirente, receptores—, el primero de los cuales tiene por objeto un «bien inmaterial», mientras que en el segundo es un «bien material», lo cual plantea una serie de problemas de coordinación de ambos derechos, que supone la de los respectivos intereses que entran en juego, que surgen no con la persona, sino como consecuencia de una actividad de ésta, cuya solución es difícil, que se intentó resolver en Derecho comparado sin resultados plenamente satisfactorios y a veces chocantes con las soluciones prácticas de la aplicación jurídica, que en España se acometió con el reciente intento de que se tiene noticia de elaboración de un proyecto de Ley en tramitación; pero que la Constitución no sólo no resuelve, sino que ni siquiera intentó resolver instaurando una nueva normativa, pues tiene buen cuidado, respecto de éste y de los demás derechos que consagra, en dejar las peculiaridades de cada uno de ellos a la regulación especial que les corresponda, según se establece en el apartado 4.º del artículo 20 al hablar

de «los preceptos de las leyes que lo desarrollen», y en el apartado 1.º del artículo 53, donde se añade que «sólo por Ley, que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos».

Como complemento de cuanto antecede, es de señalar que el tratamiento jurisdiccional de la figura no ha sido alterado ni en su aspecto penal ni, sobre todo, por lo que aquí interesa, en el aspecto civil, pues no está comprendida en la Ley, que se dice infringida, de 28 de diciembre de 1978, de «Protección Jurisdiccional de los Derechos de la Persona», en cuyo artículo 1.º, apartado 1, se dice que «el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, *comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley*, gozarán de las garantías jurisdiccionales que en la misma se establecen»; no son todos los llamados derechos fundamentales, sino sólo los comprendidos en ella, que son, específicamente, los señalados en el apartado 2.º del precepto, sin perjuicio de lo establecido en su disposición final, que son los siguientes: «libertades de expresión, reunión, asociación, libertad y secreto de la correspondencia, libertad religiosa y la de residencia, la garantía de la inviolabilidad del domicilio, la protección jurídica frente a las detenciones ilegales y, en general, frente a las sanciones impuestas en materia de orden público»; el artículo 11 (primero de la sección tercera, dedicada a la «garantía jurisdiccional civil») establece, en su apartado 1.º, que «las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona *comprendidos en el ámbito de esta Ley*», añadiendo en el apartado 2.º que «las disposiciones de esta sección serán aplicables, en todo caso, cuando las leyes reguladoras de los derechos fundamentales de la persona, *a que se refiere esta Ley*, establezcan alguna reclamación de orden civil»; y la disposición final referida insiste en este ámbito restringido al decir que «dentro de los dos meses desde la entrada en vigor de la Constitución y entre tanto se regula definitivamente el procedimiento judicial de amparo o tutela de los *derechos reconocidos en la misma*, el Gobierno, por Decreto legislativo, previa audiencia del Consejo de Estado, *podrá incorporar* al ámbito de aplicación de esta Ley los nuevos derechos constitucionalmente declarados que sean susceptibles de ella»; en cumplimiento de lo cual se promulgó solamente el Real Decreto de 20 de febrero de 1979 (núm. 342), cuyo artículo único disponía que «quedan incorporados al ámbito de la protección de la Ley de 28 de diciembre de 1978 los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, al secreto de las comunicaciones telefónicas y telegráficas, la libre circulación por el territorio nacional, la entrada y salida de España en los términos legales, la libertad de cátedra y la libertad sindical».

Complementando, a su vez, el referido Real Decreto, se aprobó la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, en cuyo artículo 1.º se reduce el ámbito de su aplicación al «derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la Constitución», y dentro del capítulo segundo, dedicado a la «protección civil» de los expresados derechos, el artículo 9 establece que «la tutela judicial de los derechos *a que se refiere la presente Ley* podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53, 2, de la Constitución»; disponiéndose en la disposición transitoria primera que «*en tanto no se promulgue la normativa prevista en*

el artículo 18, 4, de la Constitución, la protección civil del honor y la intimidad personal y familiar se regulará por la presente Ley»; y de su parte, en la disposición transitoria segunda se establece que «en tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53, 2, de la Constitución, sobre establecimiento de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, la tutela judicial de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen se podrá recabar, con las peculiaridades que establece esta Ley..., por cualquiera de los procedimientos establecidos en las secciones II y III de la Ley de 28 de diciembre de 1978; referido todo ello a estrictos derechos de la personalidad, a los que no puede equipararse el derecho de autos cuestionado, que el legislador, con toda justeza y acierto jurídico, no equiparó.

Otro tanto sucede con la regulación y aplicación en materia estrictamente constitucional, alegada por el recurso como infringida; en efecto: la disposición transitoria segunda, dos, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979 lo que literalmente determina es que «en tanto no sean desarrolladas las previsiones del artículo 53, 2, de la Constitución, para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales, se entenderá que la vía judicial previa a la interposición del recurso de amparo será la *contencioso-administrativa ordinaria o la configurada en la sección segunda* de la Ley de 28 de diciembre de 1978 sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53, 2, de la Constitución»; disposición que, contrariamente a cuanto se sostiene en el recurso, lejos de desvirtuar lo hasta aquí expuesto, viene a confirmarlo: en primer lugar, porque la referencia que hace al precepto constitucional debe ponerse en relación con el apartado 1 del mismo, en cuyo segundo inciso se dispone que «sólo por Ley... podrá regularse el ejercicio de tales derechos», lo que significa que habrá que estar a lo que legalmente se establezca justo para ese ejercicio, en la forma que quedó expuesta; en segundo término, porque la única vía de que se habla —con carácter previo al recurso de amparo— es la *contencioso-administrativa*, en las dos variantes de ordinaria y de la configurada en la sección segunda de la Ley de 28 de diciembre de 1978 (también *contencioso-administrativa*), a cuyos efectos única y exclusivamente se extiende el ámbito de la Ley, y en tercer lugar, porque la extensión generalizada, que pretende el recurso, sería contraria a la normativa legal de estos derechos, cuyas posibilidades de ejercicio procedimental no puede ser alterada de la forma indirecta que se intenta.

Tampoco puede considerarse infringida la jurisprudencia recogida en las resoluciones del Tribunal Constitucional que cita el recurso en apoyo de su interpretación, pues las Sentencias de 15 de noviembre de 1982 y 22 de junio de 1983 se refieren las dos a unos recursos de amparo, como consecuencia de sendos procesos *laborales*, partiendo evidentemente de la equiparación de los mismos a la jurisdicción *contencioso-administrativa*, que, como se dijo, está expresamente admitida en el ámbito de las posibilidades legales; el Auto de 5 de mayo de 1982 hace relación a los derechos de igualdad y libertad, respecto de un pleito seguido por un fotógrafo al que una Asociación profesional se negó a admitir como miembro, derechos de los que trae causa, sin duda comprendidos en la enumeración del

apartado 2.º del artículo 1.º de la Ley de 28 de diciembre de 1978, y la Sentencia de 12 de junio de 1984, que se limita a proclamar que «los derechos fundamentales tienen en la Ley de 1978 una triple protección, correspondiendo a la civil el carácter de ordinaria y plena para el conocimiento de las reclamaciones que se formulen respecto de los bienes en los que el autor tenga la condición de particular», donde se proclama un principio general indiscutible, pero que forzosamente tiene que atemperarse a los supuestos concretos que la Ley establece, en la forma y con el procedimiento que en la misma se determine, sin que se haga referencia al supuesto que se examina.

Todo cuanto antecede está poniendo de manifiesto que la fórmula genérica del artículo 20, 1, b), del texto constitucional no fue producto de la imprecisión, sino introducida conscientemente, de la que se mantuvo la única línea lógicamente posible, tanto en cuanto a la configuración del instituto «derecho de autor» como, sobre todo, por lo que respecta al procedimiento jurisdiccional para su ejercicio, que ha quedado intocado, pendiente, como también es lógico, de su estructuración legislativa propia y específica, que no es misión que corresponda al juzgador, limitado por Ley a la interpretación y aplicación del Derecho; y asimismo pone de relieve la falta de fundamento del primer motivo del recurso, que no puede ser acogido, al no justificar debidamente que el procedimiento seguido era el adecuado, lo que impide el examen del segundo, referente al fondo del asunto, y supone la desestimación del recurso en su totalidad, con los preceptivos pronunciamientos del último párrafo del artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento, respecto de las costas causadas en este trámite y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Voto particular del Magistrado señor Fernández Rodríguez.—Antonio Fernández Rodríguez, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, habiendo formado parte de la Sala que dictó la sentencia que decidió el recurso de casación número 272/1985, en que fue recurrente don Pablo Serrano Aguilar, y recurridos la entidad «Industrias Turísticas, S. A.», y el Ministerio Fiscal, habiendo disentido de la mayoría que con su voto determinó dicha sentencia, anunciando en el momento de la votación la formulación de voto particular, en forma de sentencia, conforme autoriza el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lamentando discrepar de la opinión de los Magistrados que con su voto dieron origen a la referida mayoría y guardando en todo momento el máximo respeto a esa opinión mayoritaria, que como tal estima objetivamente más adecuada que el criterio estrictamente personal del Magistrado que suscribe, formaliza el anunciado voto particular con base en entender que la sentencia que procedía dictar en casación, en su particular criterio, debería ser la siguiente:

SENTENCIA

Encabezamiento.—Conforme el Magistrado que suscribe con el encabezamiento de la sentencia con relación a la que formula disenso.

Antecedentes de hecho.—También muestra conformidad con los antecedentes de hecho que la referida sentencia de que se disiente contiene. Ha sido Magistrado que disiente de la sentencia afectada por el presen-

te voto particular el excelentísimo señor don Antonio Fernández Rodríguez.

Fundamentos de Derecho.—Primero. Los dos motivos en que se ampara y fundamenta el recurso de casación de que se trata tienen su base impugnadora de la sentencia a que se refiere en un aspecto formal, cual es determinar si es o no adecuado el procedimiento empleado por el demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, en relación con las pretensiones formuladas en la súplica del escrito de demanda iniciadora del debate judicial de que dicho recurso dimana, y en un aspecto material, consistente en determinar si, de merecer solución afirmativa tal cuestión de forma, son o no viables las mencionadas pretensiones de fondo.

Segundo. En orden al primer motivo, que el mencionado recurrente don Pablo Serrano Aguilar formuló, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por defecto en el ejercicio de la jurisdicción, a causa de infracción en la sentencia recurrida de los artículos 24, 1, y 53, 2, de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, la disposición transitoria segunda, 2, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, y el artículo 11, en sus dos números, de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, su estimación surge de tener en cuenta que al prevenir el citado artículo 24, 1, de la Constitución Española que «todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión», y sancionar el artículo 53, 2, de la misma Constitución, prevalente en el orden jerárquico de las fuentes del Derecho y base primaria y fundamental de todos ellos, que cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos, reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, unido a que la disposición transitoria segunda, 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, establecía que en tanto no se desarrollaran las previsiones del mencionado artículo 53, 2, de la Constitución, para configurar el procedimiento judicial de protección de los derechos y libertades fundamentales había de entenderse vía judicial a la interposición del recurso de amparo constitucional la contencioso-administrativa o la configurada en la sección segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a cuyos efectos el ámbito de la misma se entiende extendido a todos los derechos y libertades a que se refiere el expresado artículo 53, 2, de la Constitución, entre cuyos derechos, en opinión del Magistrado que suscribe, ha de entenderse, de hecho y jurídicamente, los que en el orden moral correspondan al autor de una obra artística, como la que es objeto de controversia, en cuanto a alteración o disgregación de sus elementos, almacenándolos, cual ha sucedido en el presente caso, afecta indudablemente a la producción y creación artística, cuyo reconocimiento y protección proclama el epígrafe *b)* del apartado 1 del artículo 20 de la invocada Constitución Española, y relacionado todo ello con el contenido del artículo 11, en sus apartados 1 y 2, de la precitada Ley 62/1978, de 26 de

diciembre, disponga que la garantía jurisdiccional que la misma acoge mediante el procedimiento que establece en su sección segunda, procede para «las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, comprendidos en el ámbito de dicha Ley, o para impugnar pretensiones relativas a la misma», y que las disposiciones de dicha sección «serán aplicables en todo caso cuando las leyes reguladoras de los derechos fundamentales de la persona a que se refiere la precitada Ley establezcan alguna reclamación de orden civil», claramente está poniendo de manifiesto que, en tanto no se dicte una específica normativa procedimental que desarrolle la protección civil de los derechos que reconoce la sección primera del capítulo segundo de la mencionada Constitución Española sea de procedente aplicación, en criterio del Magistrado que suscribe: la invocada prevenida en la indicada Ley 62/1978, de 26 de diciembre, al que expresamente se remite la referida disposición transitoria segunda, 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, aplicable, en consecuencia, al supuesto ahora enjuiciado, y al que correcta y adecuadamente acudió el demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, desde el momento que, en opinión del Magistrado que suscribe, según viene dicho, el reconocimiento y protección del derecho a la producción y creación artística que, por proyección de propiedad residual, amparan en el orden moral al autor para impedir que su obra sea alterada, disgregada en sus elementos, para su almacenamiento, es de estimarlo comprendido entre los derechos fundamentales, concretamente el de producción y creación artística, reconocido en el mencionado epígrafe b) del apartado 1 del artículo 20 de la Constitución Española, incardinado en su sección primera del capítulo segundo, a que se remite el aludido artículo 53, 2, del mismo ordenamiento constitucional, cuya protección con base en el expresado procedimiento fijado en la tan citada sección segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sanciona la disposición transitoria segunda, 2, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, como explícito reconocimiento de la vinculación inmediata de lo que emana de la propia Constitución, determinante de que no necesita una *interpositio legislatorum*, es decir, una intención del legislador ordinario, para que sus normas puedan y deban ser aplicadas, ya que condicionar la «protección» de un derecho subjetivo es condicionar indebidamente el *agere licere* del propio derecho, y mayormente en cuanto afecta a derechos fundamentales, como son los reconocidos en la tantas veces mencionada sección primera del capítulo segundo de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, y que, como previene el artículo 10, 1, de la misma, tienen consideración de derechos subjetivos axiológicamente primarios en nuestro ordenamiento, dado que, según doctrina del Tribunal Constitucional, que se alude en el motivo de casación que se examina, cuando se produce una perturbación de un derecho fundamental, «hay un derecho del ciudadano a esta protección prevista por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre», de tal manera que si ejercitándose una pretensión cualificada por la indicada fundamentación se niega el proceso, se está privando al que acciona de garantías jurisdiccionales de derechos y libertades fundamentales, y no podría decirse que la garantía jurisdiccional se respeta cuando negado el proceso específico se remite al interesado a otro tipo procesal, porque constituye una violación de las

garantías de que la Constitución y la Ley ha dotado a los derechos y libertades fundamentales.

Tercero. En cuanto al segundo motivo, que el recurrente don Pablo Serrano Aguilar fundamenta, al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate, que dicho recurrente especifica en infracción del artículo 20, 1, *b)*, de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 (y, alternativamente, al art. 18, 1, de la misma en cuanto al honor y reputación artísticos), al negar la sentencia recurrida su aplicación al caso, la cual procede con arreglo a la disposición transitoria segunda, 1, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979 y jurisprudencia constitucional de que se hace cita, es también de llegar a solución estimatoria porque no negado, sino, por el contrario, implícitamente reconocido en la sentencia recurrida, en cuanto que lo hace presupuesto de la decisión que da a las pretensiones formuladas en el escrito de demanda iniciador del juicio de que este recurso dimana, que don Pablo Serrano Aguilar, escultor de reconocido prestigio nacional e internacional, construyó la obra escultórica denominada «Viaje a la luna en el fondo del mar», adquirida por la entidad demandada, «Industrias Turísticas, S. A.», para su ubicación en el hotel «Tres Carabelas», de su propiedad, sito en Torremolinos (Málaga), cuya obra, con posterioridad a su instalación, procedió la referida entidad adquirente a retirarla, desmontarla y desgazarla para su almacenamiento en una dependencia reservada de dicho hotel, conduce al reconocimiento de vulneración con ese comportamiento del derecho a la creación artística, que específicamente reconoce el epígrafe *b)* del apartado 1 del artículo 20 de la Constitución Española, que viene a ser una concreta y singular aplicación del derecho de libre expresión y difusión de la libertad de pensamientos e ideas mediante la reproducción que proclama el epígrafe *a)* del mismo apartado del referido precepto constitucional, y que, en definitiva, es proyección del artículo 27, 2, de la Declaración de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución de 10 de diciembre de 1948, Convenio de Berna para la Unión Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas celebrado el 9 de septiembre de 1886, con algunas modificaciones llevadas a cabo en la Conferencia de Berlín de 13 de noviembre de 1908, con posterior revisión en Bruselas el 26 de junio de 1948, así como del Convenio Universal de Ginebra sobre el Derecho del Autor celebrado el 6 de septiembre de 1952, con las correspondientes ratificaciones por España, en tendencia no sólo a reconocer y proteger el derecho de libertad respecto a toda injerencia en el proceso intelectual que concluye en una objetivación literaria, artística, científica o técnica y en la difusión de ésta, sino constitucionalizando el núcleo esencial del derecho del autor a la protección de sus intereses morales y materiales, que incluso tiene reflejo y manifestación interpretado de acuerdo con la Constitución Española, pues al prevenir que el autor de una obra literaria, científica y artística tiene derecho de explotarla y disponer de ella a su voluntad está proclamando, según tiene ya declarado esta Sala en Sentencia de 14 de octubre de 1983, que el derecho del autor se halla integrado, entre otros, por la facultad de disfrute o explotación

económica, que le legitima para la obtención de las utilidades pecuniarias que la obra produce y la facultad de difusión, en ejercicio de la cual corresponde al autor decidir sobre la publicación y sus circunstancias, configurador de los elementos personal y patrimonial emanantes del doble derecho que indudablemente integra el que tiene el autor en relación con la obra realizada, y cuyo elemento personal, al estar formado por lo que suele llamarse derecho moral del autor, se trata de un derecho sin contenido económico o patrimonial, cuyo propósito no es otro que salvaguardar derechos tan básicos para la personalidad del autor como es su propia paternidad de la obra, de suerte que no sea desconocida, y defender su integridad contra informaciones o atentados que la desfiguren, causando agravio o perjuicio al buen nombre y crédito de su autor, impidiendo, en consecuencia, deformaciones o atentados espirituales dañosos, con asignación de caracteres de derecho absoluto, no evaluable en dinero, inalienable, intransmisible e imprescriptible, inherente a la circunstancia de que parificado con el derecho de dominio de la obra realizada, derivada de transmisión a un tercero por su autor, se mantenga un dominio residual de éste que le faculte en todo momento para que la obra no resulte alterada, desvirtuada, deformada, mutilada o con cualquier otra modificación que fuera perjudicial al honor o reputación del autor, creador de una posibilidad reivindicadora de su paternidad de la obra con el exclusivo fin del ejercicio de oponerse a que tales situaciones se produzcan como lógica consecuencia del vínculo permanente que entre el autor y la obra ha quedado establecido en la manifestación material de una concepción revelada por el intelecto, que es precisamente lo pretendido por el demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, mediante lo solicitado en los pedidos primero y segundo y epígrafe a) del tercero, formulados en la súplica del escrito de demanda inicial, ante la anómala circunstancia de que la entidad demandada, ahora recurrida, «Industrias Turísticas, S. A.», sin consentimiento del citado autor de la obra, hubiese procedido a desvirtuarla, desguazándola mediante la descomposición de todos sus elementos, que pasaron a ser almacenados en una dependencia del hotel «Tres Carabelas», sito en Torremolinos (Málaga), en que, en principio, había sido instalada, dado que con esa descomposición de los elementos integradores de la obra se crea un evidente desprecio de ésta en la unidad en que fue configurada, con el consiguiente perjuicio moral que ello representa y el menosprecio que significa para su autor, que por la leñidad de dicha entidad adquirente ve desvirtuada su labor intelectual o artística proyectada a la obra realizada.

Cuarto. A lo precedentemente expuesto en nada obsta, en contra de lo apreciado por la Sala sentenciadora de instancia, el hecho de que el desmontaje, desintegración y almacenamiento de los elementos que integran la mencionada obra escultórica nominada «Viaje a la luna en el fondo del mar», objeto de controversia, hubiese sido llevado a cabo con anterioridad a la promulgación de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, con sometimiento a debate y decisión judicial denegatoria de las pretensiones del tan aludido autor de la obra, también con antelación a la vigencia de tal ordenamiento jurídico constitucional, dado que esas circunstancias procedimentales ni pueden conducir a situación jurídico-procesal de cosa juzgada, ni creación de nódulo extintivo del derecho del

autor de la obra a que ésta sea respetada en su aspecto unitario, y no disgregador de sus distintos elementos por su almacenamiento, privando de efectividad unitaria al desarrollo material de lo mentalmente imaginado y proyectado por el autor, puesto que reconocido, al no ser negado en la sentencia recurrida, que por el contrario parte del supuesto de supervivencia, que el desmontaje y disgregación de los elementos que formaban unitariamente la obra en cuestión, con almacenamiento de aquéllos, tanto quiere decir que la situación que agravia los legítimos derechos del autor, derivados de su propiedad residual compatible con la del adquirente de la obra tan citada, persiste con posterioridad al derecho fundamental innovado por la referida Constitución Española, con la lógica consecuencia de que los efectos emanantes de tal comportamiento de la entidad demandada, «Industrias Turísticas, S. A.», sean hasta ahora duraderos y, por tanto, no se encuentren agotados tales efectos de proyección al perjuicio moral que con ello se causa al artista autor de la obra tan aludida, con la consiguiente consecuencia lesiva que ello comporta al derecho fundamental reconocido en el precitado epígrafe b) del apartado 1 del artículo 20 de la Constitución Española, por vulneración del respeto que merece la reputación artística; de una parte, debido a que si la cosa juzgada requiere, entre otros requisitos, la existencia de una misma causa o razón de pedir (*causa petendi*), en manera alguna puede apreciarse en el caso, cual el ahora examinado, en que la pretensión producida en el posterior juicio provenga del reconocimiento que establece una normativa dada con posterioridad al planteamiento y decisión del anterior debate judicial planteado, dado que lógica y jurídicamente no puede apreciarse identidad causal con base en lo que todavía no había sido reconocido por la correspondiente norma jurídica; y, de otra parte, a causa de que si, según previene la disposición transitoria segunda, apartado 1.º, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los plazos para el ejercicio de las acciones ante el mismo comenzaron a contarse desde el día de la constitución del Tribunal «cuando las leyes, disposiciones, resoluciones o actos que originen el recurso o conflicto fueran anteriores a aquella fecha y no hubieran agotado sus efectos», lo mismo significa no simplemente una norma directa encaminada a cómputo de plazos, sino también, indirectamente, la presuposición de que el Tribunal Constitucional puede enjuiciar disposiciones, resoluciones y actos anteriores a su constitución con tal de que no hayan agotado sus efectos, y, en consecuencia, que pueda entender de estos casos y aplicar a ellos la Constitución, y, en general, el bloque de la constitucionalidad, con base en la falta de agotamiento de efectos, que ciertamente hay que tomar en consideración tanto para la vía del amparo constitucional como para la de protección jurisdiccional o amparo judicial de los mismos derechos en la esfera civil, y así se deduce de doctrina dimanante del Tribunal Constitucional, de que se hace mención en el desarrollo del motivo que se examina en el presente fundamento, que sentando un uniforme y coordinado criterio constitucional, bien considerando alcance retroactivo a la Constitución Española, o ya apreciando con más precisión técnica, no una manifestación de retroactividad, sí que la expresión de eficacia directa y apreciability inmediata de las normas constitucionales, proclaman que en el caso, ahora dado, de Ley preconstitucional no comprensiva de derechos que reconoce la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, ésta no solamente los deroga —como «Ley posterior»—,

sino que los hace sobrevenidamente inválidos —como «Ley superior»—, con el alcance de que la nueva normativa constitucional pueda producir efectos en situaciones que, aun surgidas con anterioridad a la Norma fundamental, produzcan efectos con posterioridad a su entrada en vigor, a causa de que precisamente la superioridad o supremacía absoluta de la Constitución permite extender su aplicación a la regulación de tales situaciones, especialmente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, siempre que, naturalmente, dichas situaciones no hayan agotado sus efectos con anterioridad a la promulgación de la Constitución, y mayormente en cuanto que en el aspecto de reconocimiento de protección y derechos a la producción y creación artística que innova la Constitución consagrando como derecho fundamental el núcleo esencial del derecho de autor, con proyección al aspecto moral, hace desaparecer la «base legal» con que contó la sentencia dictada al respecto con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Constitución denegando la protección del derecho de autor, vitalizando después de la promulgación de aquella Norma fundamental, a la que han de adaptarse todas las disposiciones legales, lesión indirecta en los derechos del demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, al persistir los efectos no agotados de una situación cuyo origen es preconstitucional, cuales son los derivados de la persistencia de la descomposición por la demandada, ahora recurrida, adquirente de la obra, «Industrias Turísticas, S. A.», propietario del *corpus medianicum*, eliminando, como ejemplar único que es, la única base material y servible que incorporaba el *corpus mysticum* o idea artística de su autor, el demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, que éste tiende a eliminar por el medio, que es de acoger, de obtener la declaración judicial de que «Industrias Turísticas, S. A.», vulneró y desconoció el derecho fundamental a la producción y creación artística que le reconoce el artículo 20, 1, b), de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, y que dicha vulneración es ilícita e inválida en Derecho, con el consiguiente reconocimiento del derecho fundamental a la producción y creación artística que le viene atribuible de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado con arreglo al precitado artículo 20, 1, b), de dicha Constitución, dentro del cual rectamente hay que entender quedan comprendidos los derechos moral y patrimonial del autor que le corresponde, y la consecuencia de restablecer al mencionado don Pablo Serrano Aguilar en la integridad de su derecho fundamental lesionado, conducente a la condena a la expresada entidad «Industrias Turísticas, Sociedad Anónima», a poner a disposición de don Pablo Serrano Aguilar los materiales que se utilizaron en su día para la obra «Viaje a la luna en el fondo del mar», a fin de que dicho autor pueda decidir libremente sobre la posible reconstrucción de dicha obra de arte, y así procede declararlo, previa casación en tal sentido de la sentencia recurrida; y todo ello, claro está, en virtud de ejercicio de actividad derivada de la propiedad residual correspondiente al mencionado autor de la obra de que se trata, pero con pleno respeto al derecho de propiedad, derivado de adquisición por la tantas veces mencionada «Industrias Turísticas, S. A.», dado que, como ya expresamente reconoce el recurrente en el antepenúltimo párrafo, *in fine*, del segundo de los motivos en que se ampara el recurso determinante de esta sentencia, la recomposición de la obra artística, incluida en el derecho del autor, como contenido esencial del mismo, es

del todo independiente del problema ulterior de la titularidad dominical del *corpus mechanicum*, o sea, de la obra material, resultante de la descomposición de la misma, que de producirse discrepancia en cuanto a quién corresponda o a las consecuencias económicas que la reconstrucción pueda originar en sus diversos aspectos, no tiene su cauce adecuado en el presente procedimiento, al venir limitada y contraída su naturaleza a la mera protección del derecho fundamental del autor que se somete a protección y amparo judicial.

Quinto. La acogida de los dos motivos en que se ampara el recurso, y que conducen a la estimación de éste en los términos expresados, llevan también a la estimación, en los términos y con la limitación que se dirá, de la pretensión solicitada en el epígrafe *b)* del pedimento tercero de la súplica del escrito de defensa iniciadora del juicio de que emana la sentencia objeto del presente recurso, encaminado a que se indemnice a don Pablo Serrano Aguilar, en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, de cuantos daños y perjuicios, morales y patrimoniales, se le hubieren irrogado por la vulneración del derecho fundamental a la producción y creación artística desde el 29 de diciembre de 1978, fecha en que comenzó la violación del derecho fundamental del mencionado don Pablo Serrano Aguilar, con el compromiso por éste de destinar el importe de la indemnización a la finalidad expuesta en el cuerpo del referido escrito de demanda (fundamento de Derecho XIV de la demanda), poniendo a disposición de la directiva del Círculo de Bellas Artes de Madrid la cantidad íntegra que se fijase judicialmente como indemnización, con la carga que se destine a la concesión de becas, ayudas y subvenciones para el estudio de la protección jurídica de los intereses morales y patrimoniales de los artistas plásticos en el Derecho español, a cuyo efecto la cuantía a señalar a dichos alegados perjuicios es de cifrarlos en período de ejecución de sentencia con base exclusivamente en el importe que, objetivamente, suponga la reconstrucción de la obra de que se trata, nominada «Viaje a la luna en el fondo del mar», pues es el real perjuicio que, en esencia y en definitiva, se produce al precitado demandante, ahora recurrente, don Pablo Serrano Aguilar, porque si ciertamente el daño moral puede ser generante de indemnización pecunaria, es sobre la ineludible base de que el daño provenga en su causa del acto culposo de un tercero que produzca una consecuencia con alcance efectivo de matiz valuable económicamente, pero no sobre la base, ahora producida, de que lo en esencia y en definitiva pretendido por el precitado don Pablo Serrano Aguilar sea la reconstrucción de su obra nominada «Viaje a la luna en el fondo del mar», cuyo daño moral, derivado de la actuación en ella, conduce a esa reconstrucción, queda adecuadamente satisfecha con el reconocimiento a efectuarlo, por la transcendencia que supone y revela la decisión judicial en tal sentido, y más en cuanto que, de una parte, es el propio autor demandante, ahora recurrente, el que, en su expresada petición inserta en el epígrafe *b)* del pedimento 3.º de la invocada súplica del escrito de demanda inicial, expresamente proclama, en laudable muestra de ultraísmo, que lo que está persiguiendo con dicha demanda no es el más mínimo afán de lucro personal, sino, a través de la protección de su derecho personal, el amparo en dimensión objetiva de los derechos de todos los artistas; y, de otra parte, debido a no acreditarse, ni tan

siquiera ser puesto de manifiesto en el desarrollo y fundamentación de los indicados motivos en que se apoya el recurso de casación examinado, que el hecho determinante del procedimiento de que emana hubiese repercutido, en modo alguno, en la fama y prestigio nacional e internacional del referido autor de dicha obra, ni, por tanto, que hubiese generado para él más perjuicios patrimoniales, derivados del daño moral producido, que el que pueda provenir, objetivamente, de la reconstrucción que en su caso pueda realizar en la obra sometida a controversia en el debate jurídico que ha dado lugar al presente recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey, y por la autoridad conferida por el pueblo español, el Magistrado que disiente de la Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo, con fecha 9 de diciembre de 1985, en el recurso de casación número 272/1985, es del parecer que debía contener el siguiente:

Fallo.—Estimando el recurso de casación, por acogida de los dos motivos en que se ampara, interpuesto por don Pablo Serrano Aguilar contra la sentencia dictada, con fecha 16 de enero de 1985, por la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, en las actuaciones de que se trata, y en consecuencia revocando la Sentencia pronunciada en 22 de mayo de 1984, por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Madrid en el juicio de que dicho recurso dimanaba, estimando en los términos que se dirá la demanda formulada por el mencionado don Pablo Serrano Aguilar contra «Industrias Turísticas, S. A.», y desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, por pretendida inadecuación del procedimiento, alegado por dicha entidad demandada, procede declarar: 1.º, que «Industrias Turísticas S. A.», ha vulnerado y desconocido el derecho fundamental a la producción y creación artística que al mencionado demandante don Pablo Serrano Aguilar reconoce el artículo 20, 1, b), de la Constitución y que dicha vulneración es ilícita e inválida en Derecho; 2.º, que es de reconocer el derecho fundamental a la producción y creación artística del referido don Pablo Serrano Aguilar de conformidad con el contenido constitucionalmente declarado con arreglo al artículo 20, 1, b), de la Constitución, dentro del cual quedan comprendidos los derechos moral y patrimonial del autor que corresponden al tan citado don Pablo Serrano Aguilar, y 3.º, que es de restablecer al precitado don Pablo Serrano Aguilar en la integridad de su derecho fundamental lesionado, condenando a «Industrias Turísticas, S. A.»: a) A poner a disposición de don Pablo Serrano Aguilar los materiales que se utilizaron en su día para la obra «Viaje a la luna en el fondo del mar», a fin de que aquél pueda decidir libremente sobre la posible reconstrucción de dicha obra de arte. Y b) A indemnizar a don Pablo Serrano Aguilar en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, de cuantos daños y perjuicios, morales y patrimoniales, se le hubieren irrogado por la vulneración de su derecho fundamental a la producción y creación artística desde el 29 de diciembre de 1978, fecha en que comenzó la violación del derecho fundamental del precitado don Pablo Serrano Aguilar, y cuyos perjuicios serán fijados con base exclusivamente en el importe que, objetivamente, suponga la reconstrucción de la obra de que se trata nominada «Viaje a la luna desde el fondo del mar», y con el compromiso, asumido por el tan

citado don Pablo Serrano Aguilar a destinar el importe de la indemnización a la finalidad expuesta en el cuerpo del escrito de demanda (iniciadora del juicio de que este recurso dimanara; fundamento de Derecho XIV de la demanda), poniendo a disposición de la Directiva del Círculo de Bellas Artes de Madrid la cantidad íntegra que se fije judicialmente como indemnización con la carga de que se destine a la concesión de becas, ayudas y subvenciones para el estudio de la protección jurídica de los intereses morales y patrimoniales de los artistas plásticos en el Derecho español; sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en primera y segunda instancia, y debiendo satisfacer cada parte las suyas producidas en el recurso de casación, y con devolución al recurrente don Pablo Serrano Aguilar del depósito constituido.

RICARDO DE ANGEL

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA DOCUMENTAL: SE APRECIA SU EXISTENCIA. DOCTRINA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1986).

Hechos.—Se desprenden del texto de la sentencia que a continuación se reproduce.

El Juzgado desestimó la demanda al estimar la excepción del litisconsorcio pasivo necesario propuesta por la demandada «Cedisa». La Audiencia desestimó la excepción y entrando a conocer el fondo del asunto desestimó la demanda.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso, en razón a la doctrina que se reproduce. Ponente: don Matías Malpica y González-Elípe.

Doctrina de la Sala.—El presente recurso de casación se contrae a impugnar la sentencia de la Sala de segunda instancia, en la que, en definitiva, se declara no haber lugar a la demanda en que se reclama el pago de 1.350.000 pesetas, cuyo crédito figura contratado en tres letras de cambio, en las que aparece la Sociedad demandante como tomadora-tenedora con cláusula «valor en cuenta», y en cuyos instrumentos cambiarios la libradora es la Entidad mercantil «V», y librado-aceptante, don Juan G. P., si bien la acción personal que se esgrime en la demanda no es de naturaleza cambiaria, según reiteradamente se expresa en los escritos de la parte actora, sino que va dirigida contra «C», en virtud de la asunción de deuda que esta Sociedad hizo en virtud de ciertos negocios jurídicos cuya documentación sirve procesalmente para el recurso de casación presente.

Por mayor precisión sistemática, se analizará, en primer lugar, el segundo motivo, que al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de Derecho en la apreciación de la prueba documental con infracción de los artículos 1.218 y 1.225 del Código Civil, y a tal fin señala como documentos obrantes en autos que no han sido tenidos en cuenta por la Sala: a) La escritura de constitución de hipoteca de 1 de agosto de 1974, otorgada en nombre de «Centros Educativos I., S. A.», ante el Notario de..., a favor de «V», en cuyo exponendo II se reconoce una deuda de 189.350.838 pesetas, de cuyo total importe

se hace cargo la Sociedad que garantiza con la constitución de hipoteca y cuya escritura, con eficacia en estos autos, al menos en lo que atañe al reconocimiento y asunción de deuda, está formalizada en nombre de «C» por el Consejero-Delegado designado en la propia escritura de constitución societaria por todos los socios reunidos con carácter de Junta Universal de Accionistas y con las plenas facultades del Consejo de Administración, entre ellas gravar y vender inmuebles (art. 15 Estatutos).

b) Documento privado de compraventa de las acciones de «Centros Educativos I., S. A.», de fecha 5 de agosto de 1975, suscrito por doña María Concepción M. L. en su propio nombre y en el de su esposo don Juan G. P., titulares de dichas acciones, a favor de «PGISA», en cuya estipulación segunda se pacta el precio de la totalidad de las acciones y su forma de pago, haciéndose cargo la compradora del total pasivo de la Sociedad cuyas acciones adquiriría en compra.

c) La carta remitida por conducto notarial de fecha 17 de enero de 1976 en que se ratifica la compra de la referencia precedente y a la que se acompaña relación del pasivo comprobado y documentado debidamente en cuya relación figura como acreedora la Sociedad demandante y hoy recurrente. Pues bien, los citados documentos obrantes en autos, públicos el primero y el último y el segundo de carácter privado, pero con la eficacia que le confiere el haber sido incorporados al protocolo notarial con motivo del curso con fe notarial de la carta de 17 de enero de 1976, es evidente que no han sido tenidos en cuenta por la Sala *a quo* al estimar que «está ausente un pacto especial de cesión en favor de la tomadora», «de no mediar un pacto especial de cesión del crédito del librador contra el librado en favor del tomador y de los sucesivos endosatarios»; y comoquiera que de los señalados documentos resulta que la deuda aquí reclamada de 1.350.000 pesetas, instrumentada en principio por tres letras de cambio de 450.000 pesetas cada una, cuya obligación cambiaria de pago ante la tomadora-tenedora, hoy recurrente, vinculaba directamente a don Juan G. P. como librado-aceptante y a «V» en vía eventual de regreso como libradora, es lo cierto que de los negocios jurídicos constatados en la documentación reseñada, en forma absolutamente coincidente, sin precisar de interpretación o valoración específica de sus cláusulas o estipulaciones, se viene en perfecto y claro conocimiento que la Sociedad «C», demandada, constituida en forma casi exclusiva —69.960.000 pesetas de los 70.000.000 a que asciende el capital social— por don Juan G. P., librado-aceptante de las cambiales antes mencionadas, al asumir las deudas personales de don Juan, entre ellas concretamente las de las letras de la que es tomadora la Sociedad actora, otorgó escritura de hipoteca sobre las fincas que a tal fin reseñaba, que eran las mismas que el señor G. P. aportó al patrimonio de la Sociedad «C», creada en el mismo día 1 de agosto de 1974, todo ello en cumplimiento del pacto establecido entre la libradora de las letras de cambio «V» y el librado-aceptante señor G. P. el 22 de junio de 1974; asunción de deuda y obligación de pago de ese crédito a favor de la actora, como de otros contraídos a favor de extraños por don Juan G. P. y «C» que se reitera en documentos coincidentes a tales fines, como es el de la adquisición de las acciones de «C» por «PGISA» de 5 de agosto de 1975, y en la carta de 17 de enero de 1976 de ratificación de dicho contrato y comprobación y justificación del pasivo de la Sociedad «C». De todo lo cual, ciertamente, se infiere que la valoración jurídica y su eficacia consiguen-

te, a tenor de los artículos 1.218 y 1.225 del Código Civil, de los documentos obrantes en autos, señalados por la recurrente, no ha sido debidamente apreciado por la Sala *a quo*, lo que da lugar a la estimación del motivo, pues, obviamente, las declaraciones y obligaciones contraídas en los negocios jurídicos constatados en tales documentos hacen prueba contra los contratantes y declarantes que en ellos intervienen, lo que comporta la violación de los preceptos invocados y el error de Derecho que se acusa en la apreciación de la prueba.

El sexto motivo, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción de doctrina legal, concretamente, violación por inaplicación del principio de Derecho, sancionado por la jurisprudencia, cuyas sentencias a tal propósito invoca, de que «nadie debe enriquecerse injustamente a costa de otro». En efecto, la libradora «V» de las tres cambiales constantes del crédito a favor de la hoy recurrente, obtuvo un reconocimiento de la deuda, directamente contraída por el librado-aceptante, por la Sociedad constituida por él mayoritariamente como accionista de «C», en sendos documentos que siguen una misma trayectoria jurídica y con idéntica finalidad económica, cual es la de satisfacer las deudas contraídas por don Juan G. P. y por «C», a consecuencia de la construcción —con las asistencias financieras anejas correspondientes— del complejo docente conocido por la denominación «I», con radicación en la localidad del mismo nombre en la provincia de..., denominación que está inserta en la razón social de la Entidad anónima constituida muy mayoritariamente por el señor G. P., según se dijo, y a la que éste aportó todo el acervo inmobiliario de su propiedad sobre el que quedó instalado el centro de enseñanza de referencia, con lo que, por contraprestación paralela, tuvo que asumir la deuda contraída individualmente por el socio fundador, hasta el punto de contraer el compromiso de constituir garantía hipotecaria sobre ese mismo complejo inmobiliario, a favor de los tomadores y endosatarios de las letras de cambio que habían sido libradas como instrumentos idóneos para la efectividad del pago fraccionado y diferido de los gastos de construcción del complejo dedicado a la enseñanza; circunstancias éstas que constituyendo de por sí una útil medida para pagar a los acreedores, al no estar éstos formando parte del elemento personal o contratante de esos negocios de reconocimiento de deuda y asunción de la responsabilidad de su pago, ciertamente que se venía produciendo en cuanto a la hoy recurrente un empobrecimiento patrimonial en la misma medida que «C», beneficiaria y titular del centro de enseñanza, obtenía a su favor el correspondiente y paralelo lucro o enriquecimiento al no satisfacer la deuda asumida en forma concreta y específica, dándose la figura que reconocida por la jurisprudencia y la doctrina se denomina enriquecimiento torticero. Por lo que es de prosperar el sexto motivo del recurso.

RICARDO DE ANGEL

OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA: FECHA A LA QUE HA DE ESTARSE A EFECTOS DE LA DETERMINACION DEL CAMBIO DE ESA MONEDA (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—Resultan sin necesidad de más explicación de la doctrina de la Sala que a seguido se reproduce. Ponente: don Cecilio Serena Velloso.

Doctrina de la Sala.—No planteándose la cuestión desde el aspecto de la congruencia o incongruencia entre lo pedido en la demanda, que constantemente se refiere a la equivalencia en el momento en que se formula (en su fecha del 18 de julio de 1980), y lo resuelto en el fallo, sino atendiendo a la procedencia de lo pronunciado sobre el cambio que ha de regir la conversión de marcos a pesetas y el pago subsiguiente, ha de atenderse a lo que dispone el primero de los párrafos del artículo 1.170 del Código Civil, a tenor del cual las deudas de dinero deberán pagarse en la especie pactada, en el caso marcos alemanes, siquiera aceptándose por la entidad acreedora la imposibilidad de pagar en tal especie y haber de hacerse el pago en la moneda española, en definitiva, deba tener lugar en pesetas; advirtiéndose a este respecto de la conversión de marcos en pesetas que éstas sustituyen a aquéllos y, por tanto, a fin de que el acreedor reciba a través del pago el contenido íntegro de la obligación conforme a los artículos 1.157 y 1.166 del Código Civil, que consagran el principio del pago total y de la imposibilidad de sustituir o alterar la prestación convenida, es acertado el criterio del juzgador de instancia de fijar «la cotización del marco el día en que se proceda efectivamente a su pago en pesetas» como la determinante de la conversión; solución preferible a la de atender al cambio del día del emplazamiento del demandado patrocinada de algún modo por la Sentencia de 3 de julio de 1936 y utilizada por la segunda sentencia de 23 de diciembre de 1954, si bien las de 3 de octubre y nueve de noviembre de 1957 optan ya por el del día del pago, que es el más apropiado al caso que se enjuicia en que la renuencia al pago no ha de proporcionar ventaja alguna al deudor.

RICARDO DE ANGEL

RECURSO DE CASACION DESPUES DE LA REFORMA DE 6 DE AGOSTO DE 1984: NO ES UNA TERCERA INSTANCIA (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1985).

Doctrina de la Sala.—Siendo ponente don Rafael Pérez Gimeno, la sentencia dice:

Aunque es cierto, como se ha dicho con reiteración, que la Ley de Reforma de la de Enjuiciamiento Civil de 6 de agosto de 1984 flexibilizó el rigorismo formal de la normativa anterior, entre otros particulares, prescindiendo de la categoría del documento auténtico, no por ello convirtió la casación en una tercera instancia en la que este Tribunal pueda libremente examinar y valorar todos los elementos de convicción traídos al proceso, pues sus potestades en esta materia, cuando se invoca el error en la apreciación de la prueba al amparo del número cuarto del artículo 1.692, quedan circunscritas a decidir si los documentos en que se

apoya tal error, bien porque no existan otras pruebas que se le opongan, bien porque existiendo carezcan de fuerza para desvirtuar su contenido, demuestra la equivocación del juzgador, lo que equivale a decir que cuando, además de los alegados documentos existen otros medios probatorios que han concurrido a formar la convicción del órgano jurisdiccional respecto a la certeza de determinados hechos trascendentes en la litis, la impugnación de tal valoración probatoria, atendiendo únicamente a los referidos documentos, está condenada al fracaso.

RICARDO DE ANGEL

CONDICION IMPOSIBLE: ANULA LA OBLIGACION (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—La compradora de un terreno demandó la declaración de nulidad del contrato y la restitución de la parte de precio que ya había satisfecho, basándose en que en el documento privado de venta se aludía a unas circunstancias urbanísticas de la finca que habían sido certificadas por el Ayuntamiento correspondiente, entre ellas la concesión por el mismo de una licencia de obras para la construcción de naves industriales.

El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda, declarando la nulidad de las obligaciones establecidas en el contrato en cuestión, con fundamento, esencialmente, en la existencia de la condición suspensiva jurídicamente imposible consistente en la concesión de licencia por el Ayuntamiento, conforme al artículo 84 del Texto Refundido de la vigente Ley del Suelo, por no estar aprobado definitivamente el Plan Parcial correspondiente a la zona de ubicación de la finca.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Matías Malpica y González-Elipe.

Doctrina de la Sala.—El recurso de casación, basado en tres motivos, ha de ser examinado empezando por el último, por razones de sistemática procesal, en atención a que se trata con ello de sentar los hechos en torno a los que giran los alegatos de la parte recurrente de naturaleza jurídica. Así, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Adjética Civil, se denuncia el error de Derecho en la apreciación de las pruebas, con infracción de los artículos 1.218 del Código Civil (documentos públicos) y 1.253 (prueba de presunciones). Pues bien, aunque el motivo está formalizado *ad cautelam*, requiere su estudio prioritario porque, como se ha dicho, en él se proyecta al debate puramente jurídico de los otros dos motivos; un hecho probado, que si se mantiene, ha de servir de norte en la resolución del tema controvertido. En efecto, se dice que la certificación de la Comisión Provincial de Urbanismo de 15 de mayo de 1979 no puede hacer prueba, conforme al artículo 1.218, más que del hecho que motiva su otorgamiento, en definitiva, «que en la fecha de la misma no estaba aprobado el Plan Parcial de..., pero no prueba nada más». De aquí, sin embargo, no aparece que haya incidido la Sala de Instancia (y el Juzgado) en error de Derecho, porque el Juzgado en el cuarto considerando extrae la consecuencia legal de la imposibilidad de concesión de licencia de obras del artículo 84 de la Ley del Suelo, en vista de que no había sido aprobado definitivamente el Plan Parcial referido, según la certificación

de la Comisión Provincial de Urbanismo obrante al folio 11. La circunstancia de que el mismo criterio jurídico se contenga en la certificación aludida —expresión del hecho de que el Plan Parcial fue devuelto sin aprobación definitiva por falta de documentación ya en 11 de junio de 1975, no es sino a título de información de no poderse conceder licencias de obras mayores; información a la que venía obligado el órgano administrativo por el artículo 213, 2, de la Ley del Suelo vigente en la fecha de expedición de la certificación, que, como se ha hecho constar anteriormente, es de 15 de mayo de 1979. Luego el órgano judicial extrae por sí mismo las consecuencias jurídicas, que en este caso coinciden con la obligada información de la Comisión Provincial de Urbanismo, y ello quiere decir que queda bien sentado el hecho de que el Plan Parcial de Ordenación..., donde radica la finca de autos, carece de la aprobación definitiva, que precisamente ha de otorgarle tal órgano administrativo por disposición del artículo 35, 1, d), del Texto Articulado de la Ley del Suelo, a cuyo hecho probado, reconocido por la parte recurrente, queda limitada la esfera de influencia en este proceso civil de la certificación administrativa, sin que, por tanto, se haya excedido la Sala *a quo*, ni el Juzgado de Primera Instancia, en obtener del mismo documento otros efectos, ni que, obviamente, para su interpretación ni valoración, haya tenido que hacer uso de ninguna presunción, pues el hecho probado está ahí y su proyección jurídica escapa de la esfera puramente fáctica de la presunción, es decir —insistiendo—, que las consecuencias jurídicas se obtuvieron del ordenamiento jurídico y no de la presunción en su natural concepto de instrumento de prueba, como se deduce de la incardinación del artículo 1.253 dentro del capítulo V, título I, libro IV, del Código Civil, bajo el epígrafe «De la prueba de las obligaciones», de donde se infiere que no ha habido vulneración de tal precepto ni, consecuentemente, por lo expuesto, puede prosperar el tercer motivo del recurso.

Los dos primeros motivos, al amparo del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tienen una interrelación profunda, ya que se trata, nada más y nada menos, que de determinar si las dos condiciones en juego dentro del campo contractual, la de «la solicitud de la licencia de obras» y la de «la concesión de esa licencia por el Ayuntamiento de...», con carácter suspensivo ambas, pueden tener comportamientos obligacionales tales, que de fallar uno de ellos hagan o no irrelevante el cumplimiento de la otra condición suspensiva, habida cuenta de que la primera está inmersa en las facultades valitivas del comprador y la segunda en la actividad de un tercero, en este caso, organismo de la Administración y en función del cumplimiento de una norma urbanística, lo que subsume la cuestión contemplada en las previsiones de los artículos 1.116, 1.º, y 1.119 del Código Civil, que es por lo que, en atención a la sentencia combatida, se denuncia la infracción de ambos preceptos: del primero, por aplicación indebida, y del segundo, por falta de aplicación. Aparte de estas infracciones apuntadas con carácter principal, se esbozan otras, como corolario de aquéllas, pero con la firme intención finalista de entender que dado que el comprador no solicitó formalmente la solicitud dentro del plazo contractual fijado hasta el día 15 de julio de 1978, ha de entrar en juego el artículo 1.119 y, por ende, ha de tenerse por cumplida la condición.

Es lo cierto que el terreno tiene la calificación de urbanizable progra-

mado y no urbano, razón por la que precisa de la aprobación del Plan Parcial y, por tanto, está sujeto a las prevenciones del artículo 84 y no del artículo 83, 2, de la Ley del Suelo, como se postula por la recurrente; es más, aunque fuera urbano, que no lo es, para la autorización para fines industriales hubiera requerido la asunción por parte de la propiedad (vendedora, y por subrogación, la compradora) de las obligaciones establecidas en el párrafo 1.º del apartado 2 del artículo 33, inscrita esa obligación en el Registro de la Propiedad, lo que no consta en autos. Por ello, no es ocioso subrayar aquí que la comunicación del Ayuntamiento de... de 15 de abril de 1978, facilitada por la vendedora a la compradora, contiene el precepto equívoco, proclive al error de esta última, de expresar las características o cédula urbanística de la finca, indicada de conformidad al Plan General y Parcial del municipio, lo que tiene una grave consecuencia, que no es dable desconocer aquí, a los efectos del artículo 62, 1, 2, del citado Texto Refundido de la Ley del Suelo (Decreto 1246/1976, de 9 de abril), relativa a la facultad de la adquirente para resolver el contrato en el plazo de un año a contar de la fecha de su otorgamiento, a cuyo fin le hizo a la vendedora los requerimientos notariales de 1 de agosto y 17 de octubre de 1978 y el acto de conciliación de 28 de febrero de 1979.

En esta inteligencia, ha de entenderse que legalmente no podía concederse licencia para obras que no fueran las denominadas provisionales por el artículo 58, 2, de la Ley del Suelo, y dado que el Plan Parcial que hubiera sido necesario, es decir, aprobado definitivamente para hacer viable la concesión de la licencia interesada por la adquirente para destinar la finca comprada a los fines industriales especificados en el contrato de compraventa, no había obtenido tal aprobación a la fecha de la expedición de la certificación administrativa del folio 11, o sea, el 15 de mayo de 1979, cuando el plazo convencional se extinguió el 30 de octubre de 1978, queda patente la existencia de una condición imposible de cumplirse que anula la obligación, a tenor del artículo 1.116 del Código Civil, rectamente aplicado por la Sala de instancia.

Es útil consignar que sea obligación imposible, que obviamente no dependía en su cumplimiento de la voluntad del adquirente, cuya esfera de influencia está lejos de las incidencias de trámite y resolución del expediente administrativo de aprobación del Plan Parcial del Ayuntamiento de..., no hace subsumible en el artículo 1.119 del Código Civil la situación que aquí se contempla. En esta perspectiva, es evidente que la condición dependiente de la voluntad de tercero, que aquí ha devenido imposible, afecta causalmente a la estructura del negocio de tal manera que lo invalida al romper el equilibrio contractual que la compraventa —concretamente, la compraventa objeto de este procedimiento— supone, haciendo tabla rasa de las prevenciones contenidas en los artículos 1.091, 1.256, 1.257, 1.258, 1.274, 1.275 y 1.276 del mismo Cuerpo legal, con lo que hace irrelevante la falta de cumplimiento de la condición pendiente de la actividad positiva de la compradora, por cuanto ella era insuficiente para conseguir la causa finalista ínsita en el negocio jurídico analizado, y pretender dar mayor trascendencia a este incumplimiento de la condición dependiente de la actividad del contratante, al objeto de tener por cumplida la condición y hacer efectivo el pago del precio convenido en el contrato, va rectamente dirigido, conociendo como se conoce la imposibilidad del cumplimiento de la condición de concesión de la licencia, a introducir una gravísima distor-

sión de la causa contractual, con vulneración de los preceptos últimamente invocados, lo que supondría posiblemente un enriquecimiento torticero, máxime si se tiene en cuenta el suplico del escrito de interposición del recurso ratificando la demanda reconvenzional, en que se insta y reclama el pago del precio o intereses y se omite lo relativo al cumplimiento de las obligaciones de la vendedora, cual es la entrega de la cosa y demás especificadas en el contrato de 22 de junio de 1978, con lo que se quiebra el elemento nivelador de prestaciones característico de los contratos sinalagmáticos, con todo lo cual han de declinar los dos primeros motivos del recurso.

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE SOCIEDAD: SEPARACION VOLUNTARIA DE UN SOCIO. FIJACION POR EL TRIBUNAL DE PLAZO PARA LIQUIDAR LA PARTICIPACION DEL SOCIO QUE SE SEPARA. EQUIDAD E INTERPRETACION DEL CONTRATO. SOCIEDAD CIVIL Y SOCIEDAD COLECTIVA (SENTENCIA DE 18 DE JULIO 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 Mariano Martín-Granizo Fernández.

Se inicia el presente recurso con una motivación en la cual y bajo el amparo procesal del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, se acusa la violación por no aplicación de los artículos 1.700 y 1.708 del Código Civil. La argumentación que sirve de apoyo al motivo puede esquematizarse así: El primer contrato de sociedad suscrito por los intervinientes en la litis, se celebra el 1 de diciembre de 1950, por un tiempo de cinco años. La sociedad se extingue, en consecuencia, el 1 de diciembre de 1955, por lo que (dicen los recurrentes) «resulta incomprensible que la Sala de Valencia, en su fallo, pretenda resolverla en 1983», habida cuenta que lo acontecido es que el 25 de febrero de 1959 las mismas personas otorgan un contrato privado de sociedad por plazo de cinco años, que luego es prorrogado, y cuyos pactos son «los mismos de la primeramente constituida el 1 de diciembre de 1950 —según dice el último de los párrafos del documento constitutivo—, y un plazo de duración de cinco años a contar del citado 25 de febrero de 1959», contrato éste que, como «acertadamente» dice la sentencia del Juzgado en el noveno considerando, «había que entenderlo como 'la constitución de una nueva sociedad'», consideraciones todas que, en opinión de los recurrentes, conducen a que debiera haberse aplicado el 1.700 del Código Civil, lo que no hizo la Sala de instancia.

Doctrina de la Sala.—Es de todo punto evidente que el motivo ha de sucumbir dada su enorme contradicción, su inexactitud y el hecho de que se está en todo momento haciendo supuesto de la cuestión. Así, se juega en él con los términos «extinción» y «prórroga» de modo claramente contradictorio y antinómico; se atribuye a la sentencia de primera instancia declaraciones que no ha hecho, tal acontece con el considerando noveno, aceptado por la aquí impugnada y al que se alude expresamente en el motivo, y con referencia al contrato de 25 de febrero de 1959, se

dice que aquella resolución «acertadamente» y «al amparo del artículo 1.703 del Código Civil» estimó que «había de entenderlo como 'la constitución de una nueva sociedad'», lo que no es exacto, dado que lo que en realidad se dice es que «el acto de prórroga de 1959 por cinco años, más había que entenderlo, al amparo del artículo 1.703 aplicable subsidiariamente, como la constitución de una nueva sociedad, pero por la remisión que el pacto primero del citado contrato de 1959 hace al antiguo, prácticamente éste se prorroga, por lo que no habiendo nuevo contrato hay que entender que aquel contrato de 1950 se encuentra prorrogado». Por otra parte y cual se ha indicado al comienzo de este fundamento, en la motivación se está haciendo constantemente supuesto de la cuestión, al pretender hacer decir al contrato de sociedad mencionado lo que interesa a los recurrentes sin bases jurídicas ni fácticas para ello, máxime cuando los mismos olvidan indicar que en su escrito de contestación reconocen la prórroga del citado contrato de 1950, lo que tuvo lugar el año 1959, y, además, omite también que la sentencia recurrida declara en su segundo considerando, sin que ello haya sido contradicho o combatido en forma por quienes aquí impugnan, que constituida una sociedad «en documento privado de fecha 1 de diciembre de 1950, por tiempo de cinco años, prorrogada por cinco años más en documento privado de 25 de febrero de 1959 y prorrogada tácitamente hasta la actualidad», la sociedad existente en el momento de iniciarse la litis y cuya extinción propugnó el actor, no era nueva, sino la surgida en dicho año 1950 y mantenida hasta el indicado momento.

No mejor resultado merece el motivo segundo, en el que bajo los mismos número y precepto que el precedente se estima ha existido infracción por aplicación indebida del artículo 1.705, párrafo primero, del Código Civil, ya que vuelve a girar sobre los mismos argumentos que el anterior, o sea, que finalizado el plazo señalado para la duración de la sociedad, cualquiera de los socios pudo pedir la extinción. No debió, por tanto, aplicarse el artículo 1.705 del Código Civil, como ha hecho el Tribunal *a quo*. La desestimación del motivo es clara, en cuanto que, como se indica en el tercer considerando de la resolución impugnada: «en el documento privado de constitución de la sociedad se contempla el supuesto de la separación de un socio, indicándose que podrá solicitarlo del resto de los socios, procediéndose de pleno acuerdo a determinar la fecha de separación para practicar el oportuno inventario, sin perjudicar la marcha de la fabricación, a fin de conocer el capital líquido de la sociedad en tal momento»; aunque la frase transcrita implica cierta confusión de si el pleno acuerdo de los socios lo es en todo caso para acordar la fecha de la separación y la práctica del inventario o sólo esto último, *es indudable* que si no hay acuerdo de separación, como ocurre en el presente caso, ante la omisión hecha por los demandados al requerimiento del actor por medio notarial de 10 de abril de 1980, en la que les manifestaba su voluntad de separarse de la sociedad, «...la separación la ha de acordar el órgano judicial en la correspondiente resolución».

Análoga solución desestimatoria corresponde al motivo tercero, en el que lo denunciado es la violación del párrafo segundo del mismo artículo del Código Civil que sirve de base al anterior, o sea, el 1.705, que aquí se construye en base a que la renuncia del actor-recurrido no se hizo en tiempo adecuado, lo que se pretende apoyar en el considerando de la

sentencia impugnada, que, en parte, se ha dejado transcrito en el precedente fundamento. Para ello, se intenta sembrar en cierto modo la confusión, al decir que «si la Sala no puede afirmar con rotundidad hecha plenamente la renuncia, la Sala sentenciadora no ha tenido en cuenta uno de los requisitos fundamentales para que la resolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de los socios tenga lugar». Y se dice que los recurrentes parecen pretender sembrar aquí la incertidumbre, en cuanto, cual ha quedado transcrito en el anterior fundamento jurídico, el Tribunal de instancia no tiene dudas en orden al punto que indica la motivación, dado que, como se ha dicho, «es indudable que si no hay acuerdo de separación, *como ocurre en el presente caso*», ante los hechos declarados probados en el referido considerando, y como se ha transcrito, «la separación la ha de acordar el órgano jurisdiccional en la correspondiente resolución»; además, no puede impedirse «el ejercicio del derecho de separación que los propios interesados han establecido por virtud del principio de libre autonomía de la voluntad» (considerando quinto).

El motivo cuarto se construye sobre la interpretación errónea del artículo 1.706, párrafo segundo, del Código Civil y sigue insistiéndose en análogas alusiones sobre el tema; concretamente, aquí, en que siendo una sociedad personalista, a la que son de aplicación las normas de la colectiva, la responsabilidad de los socios es solidaria, y pretender, como hace la Sala *a quo*, «que en el exiguo plazo de dieciocho meses la sociedad 'arbitre resoluciones financieras' para tres socios» es ir más allá de lo que ha querido decir el precepto. El perecimiento de la motivación se ofrece con la misma evidencia que el de las precedentes, dado que en él se está haciendo supuesto de la cuestión al atribuir a la sociedad una naturaleza, la colectiva, que no tiene y a la que ninguna de las partes durante la litis ha aludido. En cuanto al tema del tiempo para efectuar la liquidación, el Tribunal se ha atenido «a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas jurídicas», y ha estimado «adecuado al caso señalar un plazo de dieciocho meses para la entrega del haber líquido al socio que se separa de la sociedad, con el fin de que ésta pueda durante este período de tiempo arbitrar resoluciones financieras que suplan la norma económica que supone la entrega de dicha participación». No se infringe, por tanto, el párrafo segundo del artículo 1.706 del Código Civil, además de por lo indicado, por lo manifestado en el cuarto de estos fundamentos.

En cuanto a la motivación quinta, en la que se imputa al Tribunal de apelación la aplicación indebida del artículo 3.º, párrafo segundo, del Código Civil, y de la doctrina de esta Sala representada por las Sentencias de 4 de julio de 1981 y 8 de marzo de 1982, en base a la idea de que el juzgador de instancia ha dado «una nueva redacción apartándose de su literalidad y de su espíritu» al citado precepto y párrafo, su decaimiento es obvio, dado que: a) El Tribunal sentenciador no se ha fundado esencial ni exclusivamente en la equidad, sino que ha hecho uso de la misma como elemento de interpretación. b) Dicho instituto no es en realidad otra cosa que un medio o instrumento cuyo desenvolvimiento y aplicación se opera en el ámbito de la hermenéutica, como pone de relieve la Exposición de Motivos de la Ley 3/1973, de 17 de marzo, al decir que el artículo 3 del Código Civil viene a constituir «a modo de elemento tendente a lograr una aplicación de las normas sensible a las particularidades de cada caso», lo que corrobora el

propio número dos de dicho precepto que se dice infringido, al establecer que «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas», las cuales, a su vez y de acuerdo con lo dispuesto en la regla primera del mismo precepto, habrán de interpretarse, además de atendiendo a otros factores, a «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, que es precisamente lo que ha hecho y declara en el considerando séptimo de su sentencia el Tribunal *a quo*. c) Por último, la aplicación que dicho juzgador ha hecho de la equidad, se acomoda a la doctrina de esta Sala, puesta de relieve, entre otras, en Sentencia de 9 de mayo de 1983 y 15 de julio de 1985, no teniendo aplicación las citadas como infringidas por los recurrentes.

El motivo sexto, que estima infringido el artículo 225 del Código de Comercio, tampoco puede prevalecer, porque fundado en unos supuestos semejantes a los expuestos en la motivación cuarta, así como en que por tratarse de una sociedad colectiva a la que son de aplicación las disposiciones del Código de Comercio en cuanto no se opongan a las del Código Civil, el hecho de que la Sala, pese a reconocer la mala situación de la empresa, la conceda un plazo de sólo dieciocho meses para la entrega del haber líquido al socio que de ella se separa, vulnera dicho precepto del Código de Comercio. El perecimiento del motivo se produce por las mismas razones que dieron lugar al del cuarto, en cuanto la razón de ser de ambos es la misma, al igual que acontece con el motivo séptimo, que acusa la violación por inaplicación del artículo 235 del Código de Comercio.

RICARDO DE ANGEL

FRUTOS DE BIENES PARAFERNALES: LEVANTAMIENTO DE CARGAS FAMILIARES Y SEPARACION DE HECHO (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE 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 Mariano Martín-Granizo Fernández.

El primero de los motivos aquí instrumentados imputa a la Sala sentenciadora la interpretación errónea del artículo 1.404 del Código Civil, en su redacción anterior a la reforma introducida en el referido Cuerpo legal por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, infracción que construye en base a la siguiente argumentación: el tema discutido, una vez firme la declaración de que los pinos cuestionados no pertenecían a la sociedad familiar gallega por no haber ésta existido, es el de si eran o no gananciales. La sentencia impugnada niega tal carácter ganancial mediante el razonamiento de la inexistencia de cargas familiares, dada la separación de hecho de ambos cónyuges. La incorrección, sigue diciéndose, surge en el aspecto jurídico, por cuanto «admitido que se trata de expensas útiles, el artículo 1.404, párrafo primero, que la propia sentencia cita en el quinto considerando, es terminante: 'son gananciales'. Es decir, son gananciales con todas sus consecuencias».

Doctrina de la Sala.—El motivo claudica, precisamente por su manifiesta incorrección jurídica, en cuanto la exégesis que en él se hace del referido precepto resulta por su manifiesta desconexión jurídica de imposible

aceptación. En efecto, el citado artículo, cuya interpretación errónea se denuncia, viene referido a «las expensas útiles *hechas en los bienes peculiares de cualquiera de los cónyuges*», que es precisamente lo acontecido en el caso aquí contemplado, dado que el monte donde los pinos cuestionados estaban plantados eran bien parafernalia de la demandada y aquí recurrida doña Josefa V. Es, por tanto, a las expensas y sólo a éstas a las que en el presente caso la Sala ha atribuido naturaleza ganancial con una muy acertada interpretación del precepto que se dice infringido. Y por ello precisamente, poniendo en conexión el referido artículo 1.404 con los 1.385 y 1.386 del mismo Cuerpo legal, si bien los frutos producidos por los bienes parafernalia están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio, al estar acreditado, declarado y no combatido que dichas cargas no existían, ya que los cónyuges vivían separados desde el año 1971-1972 y que las obligaciones del marido (art. 1.386) no pueden hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes parafernalia, a menos que se acredite que redundaron en beneficio de la familia, lo que aquí no acontece, es obvio el perecimiento del motivo.

En cuanto a la segunda y última motivación, inspirada en el mismo ordinal del artículo 1.692 de la Ley Procesal, el primero, denuncia la infracción por aplicación indebida de los artículos 1.385 y 1.386 del Código Civil, también en su redacción anterior a la citada reforma de 1981. En este caso, el perecimiento del motivo se produce por los mismos argumentos que se han dejado indicados en el precedente fundamento.

RICARDO DE ANGEL

CESION DE SOLAR POR PISOS Y LOCALES: NATURALEZA. INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL ADQUIRENTE DEL TERRENO. CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR. INCIDENTE DE CUANTIA (SENTENCIA DE 31 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 de Temes.

La controversia de donde dimana el recurso atañe a las consecuencias de las obligaciones pactadas en el contrato de 1 de octubre de 1976, a medio del cual la demandante recurrida doña Ginesa N. L. enajenó al demandado don Emilio Z. G. el solar allí descrito, con la contraprestación a cargo del adquirente de transmitirle la planta baja destinada a bajo comercial y la del entresuelo en el proyectado inmueble; negocio éste de cesión de solar por pisos y locales en el edificio a construir que, según recordó esta Sala en Sentencia de 27 de octubre de 1983, es figura que la doctrina mayoritaria conceptúa de permuta con prestación subordinada de obra, si bien la jurisprudencia (Sentencia de 7 de julio de 1982) lo califica de contrato atípico *do ut des* no encajable plenamente en ninguna de las tipologías específicamente reguladas en el Código Civil (Sentencias de 22 de mayo de 1974 y 2 de enero de 1976), aunque presente notas que le aproximan a la permuta (Sentencias de 30 de junio de 1977 y 12 de febrero de 1979), e incluso subsumible por analogía «dentro de los términos del artículo 1.538, aunque uno de los bienes del intercambio no tenga aún

existencia real en el momento de practicarse» (Sentencia de 9 de noviembre de 1972), por lo que se tratará de la prestación de una cosa futura (*res speratae*) que se corresponde con otra presente.

Doctrina de la Sala.—Estimada parcialmente la demanda de la enajenante del solar por incumplimiento reprochable al adquirente demandado, que incurrió en notorio retraso en la realización de las obras, el motivo inicial del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692, en su anterior redacción aplicable al caso, denuncia «infracción por interpretación errónea del artículo 1.105 del Código Civil», norma que se entiende operante en el supuesto debatido, pues «el retraso en la concesión de la licencia municipal de obras es causa de fuerza mayor»; pero no puede prosperar, pues aun prescindiendo de que el hipotético vicio *in iudicando* lo sería por violación y consiguiente falta de aplicación del precepto que se dice vulnerado, no cabe desconocer que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor para desplegar efectos liberatorios no han de ser previsibles y además tampoco evitables empleando la diligencia debida (Sentencias de 18 de enero de 1972, 11 de noviembre de 1982 y 14 de abril de 1983), y en el conflicto de litis no sólo consta ni se dice en qué fecha solicitó el demandado la licencia municipal necesaria, sino que, según advierte la Sala de instancia, no se combatió la supuesta pasividad de la Administración acusando la mora y acudiendo a la Comisión Provincial de Urbanismo; pero sobre todo el incumplimiento del recurrente es manifiesto, pues fue conminado para que procediera al vallado del solar en 12 de junio de 1981, es decir, con mucha posterioridad a la concesión del permiso municipal, e incluso la total paralización de las obras provocó la presentación de varias denuncias, inactividad en la que persiste, pues el reconocimiento judicial practicado en 15 de julio de 1981, esto es, más de dos años y medio después de ser notificada la concesión de la licencia administrativa, comprobó que el fundo se encuentra en completo abandono «totalmente lleno de envases de cartón o de plástico, cascotes, trozos de madera y agua en estado de putrefacción, con un color negro que denota claramente su descomposición».

Improsperable, consiguientemente, el motivo segundo del recurso, que aduce violación del artículo 1.255 del Código Civil por entender que el cómputo del plazo de ejecución hubo de comenzar desde la obtención de la licencia, pues, como queda dicho, no se acreditó la concurrencia de los requisitos del *casus*, además de que el incumplimiento por parte del recurrente sigue siendo palmario; también ha de ser rechazado el motivo cuarto, que reprocha a la sentencia recurrida «error de Derecho resultando el mismo de documentos auténticos, cual es la escritura pública de permuta o cesión de solar a cambio de obra de 1 de octubre de 1976»; pues sobre que omite la indispensable cita del precepto supuestamente vulnerado en la operación valorativa de la prueba, se olvida que carece de las notas de autenticidad a los fines de la casación el mismo documento básico ya examinado en la instancia, según doctrina jurisprudencial harto reiterada que dispensa concreta referencia, y además en dicho contrato nada se dice del aplazamiento del cómputo hasta la concesión de la licencia municipal para edificar, antes bien, se estipuló que la entrega sería realizada «dentro del plazo de dos años y medio a partir de la fecha de este

contrato» (cláusula séptima), con lo que claramente se pacta que el *dies a quo* estaba referido al 1 de octubre de 1976.

A diferencia del actual artículo 1.692, número segundo, de la Ley Procesal, que añade la inadecuación del procedimiento a los supuestos de incompetencia objetiva, funcional y territorial, el ordinal sexto del texto precedente no lo comprendía, según la jurisprudencia señaló; lo que hace decaer el motivo tercero del recurso, basado en ese número, «puesto que —se dice— por razón de la materia ha habido defecto en el ejercicio de la jurisdicción admitiendo y tramitando la litis como declarativo de menor cuantía, cuando el suplico de la demanda contiene pedimentos propios del declarativo de mayor cuantía», ya que además de lo dicho y de lo que no se han mermado en nada las garantías en el debate para el recurrente, en la escritura se da al solar el valor de 400.000 pesetas y no consta que lo pretendido rebasa el límite cuantitativo del juicio entablado, todo ello además de que la controversia sobre el *quantum* debió ser suscitada en el oportuno momento procesal, conforme a lo previsto en los artículos 492 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Al amparo del mismo precepto opone el motivo quinto del recurso nuevamente «defecto en el ejercicio de la jurisdicción por razón de la materia, al no citarse a la parte demandada para el acto de reconocimiento decretado para mejor proveer»; y su inconsistencia no ofrece duda, por cuanto: a) nada tiene que ver ese vicio de fondo con la falta de citación para alguna diligencia de prueba, denunciable como vicio *in procedendo* acudiendo al quebrantamiento de forma por la vía del número cuarto del artículo 1.693; b) diversamente al texto actual, *in fine*, el anterior artículo 340 de la Ley Adjetiva disponía que en la ejecución de lo acordado para mejor proveer las partes no tendrán más intervención que la que el Tribunal les conceda; c) ningún obstáculo existió para que el Procurador y el Letrado del recurrente acudiesen a la práctica del reconocimiento a pesar de que la providencia no señaló fecha, aunque sí fue notificada, al igual que lo hicieron la dirección técnica y la representación causídica de la parte contraria.

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE OBRA: DEBER DE INDEMNIZAR LAS DEFICIENCIAS DE CONSTRUCCION, AUNQUE NO CONSTITUYAN RUINA DE LA OBRA (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1986).

Hechos.—Reproducimos los que interesan, tal y como los recoge la propia sentencia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso. Ponente: don Rafael Pérez Gimeno.

La sentencia de primera instancia, íntegramente confirmada por la dictada en apelación, aquí recurrida, después de examinar detenidamente en sus considerandos las pretensiones reconvencionales, y entre ellas las relativas a los invocados defectos o deficiencias en la realización de la obra convenida y al retraso o morosidad en su ejecución respecto al plazo pactado para su terminación, absuelve de dicha reconvención al actor recurrido, por lo que es manifiesto que no incurrió en la incongruencia que se denuncia en el segundo motivo del recurso deducido al amparo del número 2.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, en su anterior redacción, en

cuanto existe perfecta concordancia o correlación entre lo pedido en dicha demanda reconvenzional y lo resuelto en la parte dispositiva de la sentencia, que al absolver genéricamente de la misma al demandante, le absuelve de cada una de las pretensiones individualizadas, procediendo, en consecuencia, el rechazo de dicho motivo.

Doctrina de la Sala.—El primer motivo del recurso formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 comprende dos motivos: el primero de ellos en el que se denuncia la infracción, por inaplicación, del artículo 1.198 del Código Civil al no haberse acogido la pretensión reconvenzional de que se condenase al actor al pago del importe de las reparaciones efectuadas como consecuencia de la defectuosa ejecución de la obra, y, el segundo, en el que se acusa la violación, por inaplicación, del artículo 1.100, en relación con los artículos 1.152 y 1.155, todos ellos de dicho Cuerpo sustantivo; y, respecto a este último submotivo, si la resolución recurrida afirma que no hubo morosidad en la terminación de la obra a efectos de la indemnización pactada por retraso, no puede el recurrente desconocer dicha declaración sin atacarla previamente por la vía del número 7 del repetido precepto procesal, ya que sostener lo contrario supondría hacer supuesto de la cuestión sustituyendo el criterio objetivo del Tribunal en el proceso valorativo de la prueba, por el subjetivo del recurrente, conclusión inaceptable en este extraordinario recurso por lo que procede la desestimación de tal submotivo; resultando desestimatorio que no puede predicarse del otro submotivo, pues si la sentencia de instancia, confirmada por sus propios fundamentos en apelación, reconoce la existencia de defectos constructivos, consistentes en unas coqueras en el forjado de los techos, la consecuencia obligada era la estimación de la reconvezión en el particular en el que se solicitaba la indemnización del importe de la reparación, sin que sea óbice para ello la circunstancia de que las deficiencias no tuvieran la entidad suficiente para producir la ruina de la edificación, pues sin perjuicio de las consecuencias que en orden a la resolución contractual pudieran tener defectos de tal entidad, es indudable que, sin llegar a tan radical resultado, son indemnizables cualesquiera defectos que impliquen imperfecciones en la ejecución de la obra respecto a lo convenido, todo lo cual lleva a la estimación del recurso en este particular, y ello aunque no aparezca acreditada la cuantía o importe de las obras de subsanación, pues dicho extremo puede quedar para ejecución de sentencia.

RICARDO DE ANGEL

PRESCRIPCION: INTERRUPCION POR ACTO DE CONCILIACION. EL PLAZO SE CUENTA DESDE LA CELEBRACION DEL ACTO, NO PRESENTACION DE LA PAPELETA (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 Cecilio Serena Velloso.

La sentencia de la Audiencia condenó al aquí recurrente Facundo L. A. a que, solidariamente con el otro demandado José Luis L. G., pague al demandante y aquí recurrido Santiago R. M., 337.565 pesetas por el con-

cepto de daños y 98.000 pesetas por el de perjuicios que le fueron originados en accidente de circulación. Deben puntualizarse los siguientes datos: A) Se siguieron primeramente diligencias penales, que fueron sobreesidas por Auto de 9 de febrero de 1980. B) El 9 de febrero de 1981 se presentó en el Juzgado correspondiente la papeleta de conciliación, y el 27 del propio mes de febrero se celebró, sin efecto, el acto de conciliación. C) La demanda originadora del juicio de que el presente recurso dimanara se presentó, a su vez, el 11 de febrero de 1982.

Doctrina de la Sala.—El recurso consta de un único motivo, por el concepto de interpretación errónea del artículo 1.973 del Código Civil, y en el mismo se mantiene como «tesis medular» que «el momento esencial, el que debe tenerse en cuenta como ejercicio de la reclamación judicial que supone el acto de conciliación, es el de la presentación de la correspondiente papeleta», que contiene «la declaración de voluntad de quien reclama (que) está ínsita en la papeleta de conciliación»; insistiendo, con cita de sentencias de esta Sala, en que «el acto que exterioriza su voluntad (la del titular del derecho) de mantener tal titularidad interrumpe, sin necesidad de ningún otro acto complementario posterior, la prescripción que se estaba operando, y dicha voluntad es evidente que se manifiesta de modo indiscutible por el cauce del acto de conciliación», pues «lo esencial en la conciliación es la presentación de la papeleta» y no la celebración del acto «porque su señalamiento no depende de la voluntad del reclamante», y así «parece aconsejable fijar el momento de la presentación de la demanda de conciliación como interruptor de la prescripción y no el de su celebración». A partir de estos razonamientos, el único motivo del recurso encara el caso concreto remarcando que «la demanda de conciliación fue presentada el día 9 de febrero de 1981, no siendo promovida la demanda principal hasta el 11 de febrero de 1982, cumplido ampliamente el plazo de un año». La conclusión que se alcanza (al parecer del recurso) es que el plazo de prescripción no debía contar a partir del 27 de febrero de 1981, fecha de la celebración del acto de conciliación, sin que quepa (como hizo la Audiencia) «dar eficacia al lapso indeterminado de tiempo que puede mediar entre ambos eventos», manteniéndose «que la celebración del acto conciliatorio es irrelevante en sí misma». Como quiera que la sentencia impugnada sostiene «que es el 27 de febrero de 1982, fecha de la celebración del acto de conciliación, cuando formal y válidamente se realiza la reclamación frente a los demandados», incurre por ello justamente en interpretación errónea del artículo 1.973, ya que «sólo ofrece validez y seguridad jurídica de un modo inimpugnable, y, por tanto, afianzador de aquélla, el hecho de la presentación de la papeleta de conciliación». La tesis, en suma, es que el plazo prescriptivo debió contarse desde la presentación de la papeleta y no desde la celebración del conciliatorio.

Es inatendible esta interpretación, que debe ser rechazada, y con ella el motivo y el recurso que consta de ese único motivo, pues si, ciertamente, la presentación de la papeleta de conciliación produjo reconocidamente el efecto interruptivo, éste no fue instantáneo, sino que se mantuvo prolongándose ininterrumpidamente o duraderamente por todo el tiempo del trámite y hasta la celebración del acto de conciliación, siendo la fecha de éste, como acertadamente entendió la Audiencia, la que inició la nueva prescripción interrumpida, a su vez, por la presentación de la demanda

judicial. El cómputo, por tanto, ha de tomar raíz para la nueva prescripción, cuando la interrupción de la prescripción se busca en el conciliatorio, no en el acto, inicial de la interrupción, de la presentación de la papeleta, sino en el momento posterior de la celebración del acto, en que comienza a correr de nuevo; máxime que no existe para la prescripción de acciones un precepto paralelo al artículo 1.946 del Código Civil.

RICARDO DE ANGEL

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: ENVIO DE MERCANCIAS A PORTES PAGADOS (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1986).

Hechos.—Resultan de los fundamentos jurídicos que se reproducen a continuación. Ponente: don Antonio Sánchez Jáuregui.

Doctrina de la Sala.—Ejercitándose en la demanda inicial de las actuaciones acción personal derivada de un contrato de compraventa mercantil, en reclamación del precio de mercaderías remitidas por la entidad actora-vendedora al comprador demandado y no constando de la documentación acompañada por la actora referida con su escrito de demanda sumisión expresa, ni tampoco se acredita que la haya tácita, a favor de determinado Juzgado o Tribunal, pero constando, como pone de relieve el Juez de Distrito de Barbastro en el auto manteniendo el requerimiento de inhibición que había dirigido al de igual clase número 36 de los de Madrid, entre la documentación aportada dos notas de portes comprensivas de la totalidad de la mercadería cuyo precio se reclama, remitidas «a portes pagados», es obvio que a falta de cualquier otro principio de prueba por escrito y conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, de la que son muestra, como más recientes, las Sentencias de 4 de junio, 8 de junio y 4 de julio de 1984, ha de presumirse que las mercancías viajaron hasta el lugar del domicilio del comprador de cuenta y riesgo del vendedor, así como que al hacerse la entrega de la cosa vendida en el lugar de residencia del comprador, allí ha de cumplirse también la obligación de pago de su precio, lo que conlleva que por aplicación de la preceptiva contenida en la regla 1.ª del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 1.500 del Código Civil, según autoriza el artículo 50 del Código de Comercio, proceda decidir la presente cuestión de competencia a favor del Juzgado de Distrito de Barbastro, en consonancia, además, con lo dictado por el Ministerio Fiscal.

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE OBRA: RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA POR NEGLIGENCIA (SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE 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 Cecilio Serena Velloso.

El presente recurso de casación dimana de juicio declarativo de mayor cuantía interpuesto por la Comunidad de Bienes LP y su Presidente

Guzmán Z. R. contra «PMSA» y la Caja de Crédito... La demanda, presentada el 26 de julio de 1980, solicitaba se condenase a pagar a «PMSA», 18.192.581 pesetas en que se valoran las reparaciones a efectuar para subsanar los vicios y defectos de construcción observados en la obra contratada y, subsidiariamente, para el supuesto de no ser satisfecha dicha cantidad por el deudor principal, se condene en su carácter de fiadora a la Caja, hasta el límite máximo de 9.000.000 de pesetas por los que se constituyó en fiadora. Los antecedentes de hecho, en que las partes coinciden, señalan que la Comunidad actora, propietaria de una finca rústica en término de Torrente, resolvió transformarla en urbanización, publicándose un pliego de condiciones técnicas de las obras de infraestructura a realizar conforme a proyecto redactado por dos arquitectos, concurso al que acudió, siéndole adjudicada, la demandada «PMSA», concertándose entre la Comunidad y esta constructora el contrato de obra o empresa de 23 de julio de 1977, en méritos del cual se pretende la condena, ya que, a su juicio, la obra construida lo ha sido defectuosa y hasta fraudulentamente. La sentencia del Juzgado recayó el 4 de noviembre de 1981 y es íntegramente estimatoria de la demanda, siendo confirmada, por sus propios fundamentos, por la de la Audiencia, emanada el 13 de octubre de 1983, y contra la cual «PMSA» interpuso, primero, recurso de casación por quebrantamiento de forma, que fue desestimado por Sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 1985, y seguidamente, el presente recurso de casación por infracción de Ley, anunciado en el escrito de formalización del de forma.

Doctrina de la Sala.—El primero de los motivos del presente recurso, al amparo del número 1.º del antiguo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia infracción omisiva de la aplicación de la doctrina de esta Sala sobre litisconsorcio pasivo necesario, y para ello cita algunas de las múltiples sentencias sobre la materia. Según el motivo, debió darse aplicación a dicha doctrina, ya en la primera o en la segunda instancia, al tiempo de condenar a la recurrente a pagar la expresada cantidad de 18.192.581 pesetas, sin haber sido demandados en el juicio el constructor y los arquitectos que dirigieron las obras de desmonte y explotación contratadas el 15 de mayo de 1976 (refiérese a otro contrato anterior al litigioso, que es de fecha 23 de julio de 1977). «No se trata (según el motivo) de trabajos realizados por la empresa 'PMSA', a tenor del contrato privado de fecha 23 de julio de 1977», «sino de trabajos ejecutados por una persona física (consistentes en la explanación de calles) bajo la dirección de los mismos arquitectos que luego dirigieron la obra realizada por la recurrente». Y es dentro del presente motivo, al amparo del citado número 1.º del artículo 1.692, que se argumenta en base a los hechos que sustentarán, como a continuación se comprobará, el segundo motivo de casación, pues, en efecto, se alega que el empresario individual Pedro Emilio M. G. y la Comunidad de Bienes suscribieron el contrato de 15 de mayo de 1976, en cumplimiento del cual aquél realizó las obras de explanación entre el 15 de mayo y el 30 de julio de 1976, de suerte que tales obras ya estaban ejecutadas cuando la Comunidad firmó el contrato de obra de 23 de julio de 1977 con el Director Gerente de «Pavimentaciones», que era el mismo Pedro Emilio M. G., actuando en tal calidad de órgano social. Cuando, pues (arguye el motivo) se ejecutaron las obras defectuosas, aún

no existía la entidad societaria «PMSA», que no se constituyó hasta el 16 de septiembre de 1976, fecha de la escritura pública al efecto, posteriormente inscrita en el Registro Mercantil. Las obras a que se hace concreta referencia «fueron ejecutadas (sigue el motivo) sin proyecto y con anterioridad a la confección del Proyecto de Infraestructura de la Urbanización Las Palomas (en 1977) por los arquitectos Andrés H. G. y Joaquín P. A., y, además, bajo la dirección técnica de estos profesionales». «Es evidente, por tanto (concluye), que las obras de explanación (desmante y terraplenado de calles), cuya deficiente ejecución es la causa fundamental de los defectos de la obra, no fueron realizadas por la recurrente, sino por el empresario individual don Pedro Emilio M. G., quien junto con los arquitectos que le dirigieron son también responsables de gran parte de los defectos de construcción de los que se ha responsabilizado exclusivamente a la recurrente.» Y aún se añade, dentro del presente motivo primero en estudio, que, «por otra parte, supondría una clara injusticia que se condenara a la Caja de Crédito... a pagar la cantidad de 9.000.000 de pesetas, en concepto de fiadora, cuando las obras de terraplenado han sido ejecutadas o realizadas defectuosamente por persona física de la que no es garante».

El motivo debe ser apresuradamente desestimado por varias razones: A) En primer lugar, porque faltando notoriamente a lo prevenido en el artículo 1.720, entonces vigente, y al que, aparte obligar de suyo, la remitía por modo expreso el tercero de los «fundamentos de Derecho» de la antecedente Sentencia de 30 de septiembre de 1985, recaída al recurso por quebrantamiento de forma, este motivo mezcla dos cuestiones de naturaleza distinta, fáctica la una y jurídica la otra: mediante la primera de las cuestiones que plantea se separa, como se va a comprobar seguidamente, del *factum* establecido por el juzgador de la instancia, mientras que por la segunda se acoge a la doctrina de esta Sala sobre el litisconsorcio pasivo necesario, que es *quaestio iuris* y única que puede tomarse en consideración por el cauce escogido del número 1.º del artículo 1.692 antiguo de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cuanto a este aspecto de índole jurídica ha de alinearse frente al motivo no sin antes dejarse anotado que el defecto formal expuesto es, en este trámite de decisión, causa de desestimación conforme al artículo 1.729, en relación con el 1.720 antiguo. B) Ciertamente cuando los daños causados son atribuibles a la redacción del proyecto de obras o a la falta de diligencia en la dirección, incluso con eliminación de la responsabilidad atribuida al constructor, como en el caso contemplado por la Sentencia de 10 de mayo de 1986, alcanza la responsabilidad al arquitecto, según enseña la de 5 de junio de 1986, que casó, y justamente por ello, la que había excluido al facultativo superior, dejándole condenado a éste solidariamente con el constructor y arquitecto técnico o aparejador, y, finalmente, es corriente doctrinal, representada últimamente por la de 7 de junio de 1986 y las que allí se citan, la de que cuando los defectos constructivos provienen tanto de la actividad o competencia del constructor como de la del arquitecto, sin posibilidad de individualización concreta de la responsabilidad de cada cual, ha de configurarse la responsabilidad con el carácter de solidaria; pero firmes todos los recordados aspectos de la jurisprudencia *ex párrafo* primero del artículo 1.591 del Código Civil, que es de la que aquí se trata, siempre se ha venido entendiendo que pertenece a la iniciativa y libre determinación del dañado el

dirigir el procedimiento contra cualquiera de los deudores solidarios, dejando a los otros fuera del juicio, por inscribirse esa facultad en la naturaleza misma de la obligación solidaria, en los términos del artículo 1.144 del Código Civil, en relación con el 1.145, permitiendo este últimamente citado artículo que los codeudores ventilen como cuestión propia y en proceso ulterior la existencia y alcance de la responsabilidad de los que no estuvieren presentes en el juicio abierto por el acreedor de todos.

Aparte los razonamientos ya expuestos, este motivo primero debe claudicar también, como ya se adelantó, por su falta de respeto a los hechos declarados probados en la instancia y que se va a comprobar ahora, al encarar el motivo segundo por error de hecho denotado por documentos auténticos, conforme al número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No es, en efecto, cierto en modo alguno que las obras defectuosas se realizaran por empresario individual o persona física que pasó luego a ser primer Director-Gerente de «Pavimentos Asfálticos», ni que fueran ejecutadas las primeramente realizadas en cumplimiento de otro contrato en que era parte únicamente la aludida persona física y de fecha 15 de mayo de 1976, y, por tanto, anterior al litigioso de 23 de julio de 1977, y si así fue, nada se dice sobre ello en el relato de los antecedentes, en que más bien parece excluirse la existencia de dicho contrato primitivo. Pero aunque así no fuera y hubiera actuado inicialmente y *iure proprio* Pedro Emilio M. G., por haberse comenzado las obras en fecha en que aún no había alcanzado existencia legal la Sociedad Anónima de que luego fue primer Director-Gerente y que obviamente tiene personalidad distinguible de aquél, siendo éstos datos que se coligen más que se demuestran con el documento señalado como auténtico y que no es otro sino el poder a Procuradores en uso del cual se postula en el presente recurso, en cuyo documento aparece la fecha de la escritura de constitución de la Sociedad, afirmándose en el motivo, sin que lo denote el documento, que la iniciación de las obras fue con anterioridad a dicha fecha; con todo, se mantendrían indemnes los fundamentos del fallo condenatorio al razonarse con acierto en el doce de los «considerandos» del Juzgado aceptado por la Audiencia que «no es suficiente decir que tales terraplenes (refiérese a los atribuidos al empresario individual) no los realizó el contratista, lo que no es cierto, ya que en el contrato figura la realización de obras de infraestructura, que empieza, naturalmente, por el desmonte y el terraplenado, pues el constructor, por su carácter técnico, y por tal razón se le contrata, debió o bien no realizar la obra sin un correcto terraplenado, o bien, advertir al dueño de la misma de las consecuencias que tendría realizarlas en tales condiciones, pues no cabe otra alternativa que o bien desconocía el defectuoso terraplenado, en cuyo caso existe negligencia profesional como constructor, o bien lo conocía, y a pesar de saber sus consecuencias desastrosas construyó, en cuyo caso existe dolo civil», abarcando su responsabilidad «el desmonte y terraplenado para realizar una urbanización», «y al tiempo que concluía el invierno, con sus inclemencias del frío y las lluvias, todo ello sin perjuicio que el terraplenado estaba previsto en el proyecto y en el pliego de condiciones». Por tanto, ni aun en la gratuita hipótesis que mantiene el motivo segundo y que en manera alguna demuestra el documento señalado al efecto como auténtico, supuesto que sirve

de apoyo fáctico al motivo primero, sería atendible el recurso por el motivo segundo, procediendo, en suma, la repulsa de ambos y el fracaso del recurso.

RICARDO DE ANGEL

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBLIGACION DE LOS PROPIETARIOS DE LOCALES DE NEGOCIO DE CONTRIBUIR A LA SUSTITUCION DEL ASCENSOR (SENTENCIA DE 2 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 Manuel González-Alegre y Bernardo.

Declara la recurrida sentencia que la pretensión de la parte actora, hoy recurrente, a que se declare la nulidad de lo acordado en junta de copropietarios de 26 de mayo de 1980, respecto a la sustitución del ascensor de la finca propiedad de la Comunidad —en la que están integrados los recurrentes, como titulares de un local de negocio—, tiene por base, aparte de alegaciones formales que al no haberlo sido en la litis son rechazadas por la sentencia, dos hechos: el primero, el que para la adopción del acuerdo era preciso unanimidad, y el segundo, el no haberse acreditado la necesidad de tal sustitución, extremo este último resuelto por la sentencia y que al no afectarle el único motivo del recurso queda fuera del mismo.

Doctrina de la Sala.—Se razona y argumenta en la recurrida sentencia «que tanto la sustitución del ascensor como las necesarias obras para ello, sin afectar al título constitutivo por referirse a elementos comunes, precisaba de la unanimidad de todos los propietarios, incluidos los actores, como titulares de un local de negocio, sin que nada tengan que ver los gastos de conservación y mantenimiento del ascensor, de los que se encuentran excluidos por razones obvias de falta de utilización, con la sustitución de obras subsiguientes, al repercutir en beneficio de la Comunidad y, por tanto, de los propietarios de los locales de negocio, sin que ello sea realmente una alteración del edificio en cuanto a la estructura o fábrica del mismo, al continuar el aparato en el mismo sitio».

No deja de recogerse en la sentencia de primera instancia, que ratifica la recurrida, la corrección y buena fe con la que la Comunidad demandada actuó en la adopción «del grave y necesario acuerdo», y ante la inasistencia de los propietarios de los bajos comerciales a la reunión de 9 de marzo de 1982, en la que el acuerdo lo fue por unanimidad de los asistentes, se les notificó por conducto notarial el acta de dicha reunión, al tiempo de convocarles a una nueva reunión de la junta, que tuvo lugar el 26 de mayo del propio año, a la que tampoco asistieron, ratificándose el acuerdo por unanimidad de los asistentes y que es objeto de litis.

El único motivo del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes de su reforma, denuncia la violación del artículo 11, en sus dos párrafos, de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con los artículos 5, párrafo primero, parte segunda, y 16, norma primera, párrafo primero, de dicha Ley, en relación con el artículo 396, párrafo primero, del Código Civil, fundamentándose en que

aceptada por la recurrida sentencia la realización «material» de la sustitución del ascensor, como la de las obras para ello, no se califican como de alteración de un elemento común, conllevando la no afectación del título constitutivo.

Es de consignar que lo que la sentencia acepta es la necesidad en que la Comunidad se encontraba de proceder a la sustitución del ascensor del inmueble y con ello, a la realización de las obras procedentes, como no menos su proceder para la adopción del necesario acuerdo por unanimidad de la junta de copropietarios y vicisitudes recogidas en un apartado anterior.

Nada más contrario a la realidad lo es la gratuita afirmación que se hace por el recurrente respecto a la falta de calificación como de alteración de un elemento común y, consiguientemente, la no afectación del título constitutivo, cuando precisamente con cita de los artículos 9, 10 y 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, en relación con el 396 del Código Civil, se adentra en el debate, esto es, con los propios artículos que el recurrente da como violados, que se dice, con discutible acatamiento a la primera parte del artículo 11; cómo al afectar dicha sustitución y obras al título constitutivo, por referirse a elementos comunes, precisaba de la unanimidad de todos los propietarios, unanimidad con la que es adoptado el acuerdo para llevar a efecto la tan referida sustitución y obras necesarias, de conformidad así con lo dispuesto en la norma primera del artículo 16 de la tan meritada Ley de Propiedad Horizontal, además de que cuando se afirma de que aquella sustitución y obras signifiquen una alteración del edificio en cuanto a su estructura o fábrica del mismo, como no ha de suponer cambio en las cuotas de participación de cada propietario, con ello se está cumpliendo lo dispuesto en el antes referido artículo 11 en su segunda parte, en relación con el artículo 5.º de la propia Ley de Propiedad Horizontal, al no hacer precisa alteración alguna en los títulos constitutivos, y siendo esto así no cabe decir que el juzgador haya desconocido los invocados preceptos, que aplica con toda corrección, haciendo decaer el motivo, y con él, el recurso.

RICARDO DE ANGEL

VENTA CON CONDICION DE EDIFICAR. INTERPRETACION DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 19 DE JULIO 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.

De las varias cuestiones debatidas en la instancia a virtud de la oposición planteada por las entidades demandadas «Tesorería General de la Seguridad Social e Instituto Nacional de Servicios Sociales» y el excelentísimo Ayuntamiento de Teruel, al éxito de la pretensión articulada por los actores, ahora recurridos, la única que tiene acceso a la casación, como tema principalmente planteado por las citadas entidades en sus respectivos recursos, es el de la interpretación que haya de dársele, aplicando las normas de hermenéutica contenidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, a la cláusula inserta en los contratos de compraventa concertados entre los días 26 de octubre y 14 de noviembre de 1973, por

los que los actores referidos transmitieron al Ayuntamiento de Teruel diversas porciones de terreno, cláusula según la que «es condición de la presente transmisión que el Ayuntamiento destine la finca objeto de la presente escritura a la construcción de una Unidad Urbana de Servicios Sociales, dentro del plazo de cinco años a partir de la fecha de hoy (la del otorgamiento de la escritura). Y en el supuesto de incumplimiento por parte del citado Ayuntamiento de dicha condición, se compromete este último a revender a los vendedores o sus causahabientes la finca objeto de la presente escritura, por el precio consignado en la misma y con deducción del interés legal por el tiempo transcurrido», habida cuenta de que en torno al denotado tema de hermenéutica contractual gira el primer motivo del recurso articulado por la Tesorería General de la Seguridad Social e Instituto Nacional de Servicios Sociales y los tres inicialmente deducidos por el Ayuntamiento de Teruel, que al enfrentarse con la interpretación verificada por la sentencia recurrida de la meritada cláusula contractual pueden y deben ser objeto de un análisis conjunto, quedando para ser examinados separadamente los motivos segundo del recurso deducido por la entidad primeramente citada y cuarto y quinto del articulado por el Ayuntamiento de Teruel.

Doctrina de la Sala.—En los motivos que han de ser objeto de un análisis conjunto, se tacha, por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su anterior redacción, a la sentencia recurrida de haber interpretado erróneamente el párrafo 1.º del artículo 1.281, en relación con el artículo 3, 1, ambos del Código Civil —motivo primero del recurso interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social—; de igual interpretación errónea de los artículos 1.281, párrafos primero y segundo, en relación con los artículos 1.282 y 1.286, todos del Código Civil —motivo primero del recurso formulado por el Ayuntamiento de Teruel—; de aplicación indebida del párrafo segundo del artículo 1.281 del Código y artículos 1.282 y 1.286 del propio Código —motivo segundo del mismo recurso—, y de haber violado por inaplicación el último inciso del párrafo primero del artículo 1.289 del Código Civil —motivo tercero—, no siendo ocioso consignar, y ello aunque el tema no haya sido materia del recurso, que la cláusula contractual cuestionada lo que contiene es una obligación válida, a la vista de lo dispuesto en el artículo 1.255 del Código Civil, asumida por el Ayuntamiento de Teruel, cuyo cumplimiento, a tenor de lo preceptuado en el artículo 1.256 del propio Código, no podía quedar a su arbitrio, y con la particularidad de que prevé las consecuencias que para el Ayuntamiento de Teruel había de significar el incumplimiento de la obligación dicha dentro del plazo marcado.

La sentencia recurrida, tras consignar que la cláusula contractual controvertida no puede ser interpretada aplicando el canon de hermenéutica contenido en el párrafo primero del artículo 1.281 del Código Civil, dado que la expresión de «que el Ayuntamiento destine las fincas a la construcción de una Unidad Urbana de Servicios Sociales, dentro del plazo de cinco años, a partir de la fecha del otorgamiento de las escrituras», no era lo suficientemente clara para determinar si en dicho plazo la construcción había de estar terminada o de si bastaba, excluyendo por razones obvias el simple propósito, una actuación demostrativa de tal designio, establece que para dilucidar la intención de los contratantes ha de aten-

derse a la actuación del Ayuntamiento posterior al contrato (art. 1.282 del Código Civil) y a la naturaleza y objeto del mismo (art. 1.286 del propio Código), y poniendo de relieve que el referido Ayuntamiento al donar los terrenos al Servicio del Mutualismo Laboral por escritura pública de 21 de marzo de 1975, impuso como condición «que los fines para los cuales se ha otorgado —o sea, la construcción de una Unidad Urbana de los Servicios Sociales para el Servicio de Mutualidades— se cumplan en el plazo máximo de cinco años», revertiendo en otro caso los bienes cedidos al Ayuntamiento, así como en afirmación fáctica inalterada en este trámite casacional al no haberse intentado desvirtuarla por la vía adecuada al efecto del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en 24 de junio de 1981 dichas obras no habían comenzado, llega a la conclusión de que la obligación asumida por el Ayuntamiento demandado no fue cumplida por éste dentro del plazo en que había de hacerlo.

La denotada conclusión, que la sentencia impugnada obtiene de la aplicación de los criterios interpretativos dichos, es atacada en los cuatro motivos de recurso especificados en el segundo de los fundamentos de Derecho de esta resolución, acusando la supuesta infracción por la misma de preceptos del Código Civil atinentes a la interpretación de los negocios jurídicos, entre ellos y con carácter primordial de los aplicados en las consideraciones de la citada sentencia, con olvido, lo que determina el rechazo de los meritados cuatro motivos, de que según resulta de lo consignado en los fundamentos de Derecho que anteceden, tal interpretación ha de ser calificada de racional y lógica, en razón también a que la interpretación contraria llevaría a la consecuencia absurda, como igualmente ha sido puesto de relieve, de dejar el cumplimiento de una obligación válida al arbitrio de uno de los contratantes, con patente infracción de la preceptiva contenida en el artículo 1.256 del Código Civil y vulneración, por ende, de la norma de hermenéutica establecida en el artículo 1.284 del propio Código.

Igual suerte desestimatoria corresponde a los motivos segundo del recurso interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social y cuarto y quinto del formulado por el Ayuntamiento de Teruel, todos con amparo procesal en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto: a) el motivo segundo del recurso deducido por la Tesorería General de la Seguridad Social, al acusar la violación del artículo 361 del Código Civil, plantea una cuestión no sólo no debatida en el pleito, sino que en el caso de haberlo sido hubiera requerido una postulación reconvencional expresa no formulada por la entidad recurrente en sus escritos de contestación a la demanda y súplica, en los que se limitó a pedir su absolución, lo que hace que, como cuestión nueva, esté incurso en la causa de inadmisión del número 5.º del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que lo es de desestimación de este trámite procesal; b) la denuncia de que la sentencia recurrida aplicó indebidamente el artículo 1.123 del Código Civil, cuya infracción por el citado concepto se acusa en el motivo cuarto del recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Teruel, carece de trascendencia, ya que aunque la cita por la resolución impugnada de dicho precepto no sea correcta, al no ser el mismo de estricta aplicación al caso debatido, la realidad es que lo que hace la resolución impugnada es aplicar las previsiones contenidas en la cláusula con-

tractual controvertida para el supuesto del incumplimiento por el Ayuntamiento de Teruel de la obligación que había asumido, y c) la violación, por inaplicación, de la preceptiva contenida en el artículo 1.258 del Código Civil, en que se fundamenta el motivo quinto del recurso deducido por el Ayuntamiento de Teruel, carece de base fáctica que le sirva de apoyo, habida cuenta de que dicho Ayuntamiento no cumplió dentro del plazo marcado la obligación que le incumbía y que la consecuencia de ello no podía ser otra que la que, para el caso, había sido prevista en la cláusula contractual controvertida.

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE OBRA: SUBCONTRATA: RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO DEL SUBCONTRATISTA. PRUEBA DE LIBROS. GASTOS EFECTUADOS POR ESE SUBCONTRATISTA: REEMBOLSO (SENTENCIA DE 7 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 Carretero Pérez.

La sociedad «MSA» se adjudicó la contrata ofrecida por el Ayuntamiento de Palencia de las obras de construcción de una piscina para adultos y otras instalaciones, pero en lugar de ejecutar las obras por sí, concertó en fecha 12 de abril de 1977 un subcontrato, en el que actuaba como comitente subcontratante, con la sociedad subcontratista «TESA», sociedad que comenzó los trabajos en fecha 28 de junio de 1977, pero que, disconforme con las condiciones y mediciones, desde el primer momento, retrasó el ritmo de la obra y, finalmente, la abandonó el día 2 de septiembre de 1977, razón por la cual la subcontratante «MSA» hubo de recurrir a otros empresarios para llevar a cabo la ejecución de la obra. Entablada demanda por la entidad «M» contra la subcontratista «TE», la sentencia de primera instancia, confirmada en apelación, da lugar a la resolución del contrato entre ambas entidades y condena a la sociedad subcontratista a que pague a la subcomitente el importe de la diferencia entre el coste que representó la ejecución de la obra y el que hubiere representado si tal ejecución la hubiese llevado a cabo la subcontratista. Igualmente condena a esta entidad a la devolución del importe de letras cobradas a «MSA» y a la devolución material de las aceptadas y no cobradas. Condenó asimismo a la actora «M» a pagar a «T» el importe de la obra útil realizada por ésta antes de abandonar la ejecución, al estimar, en parte, la reconvención.

Doctrina de la Sala.—En el presente recurso se impugna la estimación de la demanda, no de la reconvención, y los tres primeros motivos de casación se basan en el artículo 1.692, 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en cuanto al motivo 1.º y el 3.º se acogen a una indebida aplicación del artículo 1.124 del Código Civil, y el 2.º, a una indebida aplicación del artículo 1.593 de dicho Código. Argumenta la recurrente que el subcontrato que ligaba a «M» con «T» no era un contrato de obras por ajuste o a precio alzado contemplado en el artículo 1.593 del Código Civil, sino por precios o por medida, regulado en el artículo 1.592, por lo cual, como no existió un plano básico, al que se ajustó el precio, no se puede advertir

un incumplimiento determinante de la resolución contractual, al cual se refiere el artículo 1.124 del propio Código, por el abandono de la obra, cuando ya la demandada había ejecutado obra por valor de 2.337.690 pesetas, y la actora no había pagado ninguna de las letras de cambio, que se libraron al tiempo del contrato y que vencían en 29 de agosto de 1977, sin que, por otra parte, la actora haya demostrado el daño que sufriese al tener que contratar la realización de la obra con terceros empresarios, cifrado por la sentencia en 2.617.843 pesetas, diferencia entre el precio concertado con «T» (8.272.157 pesetas) y el real de coste (10.890.000 pesetas), ya que este coste real no resulta justificado en alguna de sus partidas, según afirma la recurrente.

No cabe duda alguna sobre la naturaleza del contrato, como contrato de arrendamiento de obras por ajuste o a precio alzado, tal como fue interpretado por la Sala de instancia, en uso de sus potestades, cuando consta con claridad que se hizo sobre un plano que tuvieron a la vista ambas partes antes de firmar el contrato, en cuya cláusula quinta se fijan los precios como unitarios y en cuya cláusula sexta se prevé la entrega de toda la instalación contra el pago del precio fijado en presupuesto adjunto, y cuya forma de efectuarse no guarda relación con cantidad ni naturaleza de la obra entregada, lo que viene a exponer la contemplación de la obra como un conjunto, y su exacta configuración como obra a tanto alzado, regulada en el artículo 1.593 del Código Civil, lo que hace decaer el motivo segundo del recurso.

Asimismo debe advertirse que la sentencia recurrida acusa el incumplimiento de la subcontratista, cuyo retraso y mala realización se ponen de manifiesto en comunicaciones de 8, 21 y 26 de agosto de 1977, con anterioridad al 29 de agosto, fecha del vencimiento de las letras impagadas, retraso revelador del propósito de abandono de la obra, que tuvo lugar en 2 de septiembre de 1977, es decir, la sentencia detecta la conducta de incumplimiento total de la subcontratista antes del vencimiento de las letras que debía cobrar y cuya pretensión de cobro no se admite como excepción a la resolución, porque ya se habían producido los hechos básicos del incumplimiento con anterioridad, que inmediatamente y en relación con la misma conducta, culminaron con el abandono de la obra, debiendo tenerse en cuenta que la conducta del incumplimiento se basa en hechos declarados en la sentencia (retrasos y reclamaciones, frente a mutismo), que no han sido combatidas por la vía adecuada del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo cual es correcta la aplicación de la resolución del contrato, según dispone el artículo 1.124 del Código Civil e infundado el motivo primero del recurso.

La resolución del contrato, según el párrafo segundo del artículo 1.124 del Código Civil, lleva aparejada la reclamación de los daños y perjuicios que, en este caso, se traducen, en la sentencia, de conformidad con una constante jurisprudencia, en la diferencia entre el coste de la obra previsto en el contrato incumplido y el coste real sufragado a otros empresarios que suplieron la prestación del contratante incumplidor. La materialidad de esta diferencia no se puede combatir por la vía de la aplicación indebida del artículo 1.124 citado, sino por error en la apreciación de la prueba, por lo cual debe desestimarse el motivo tercero del recurso.

En la vía del error en la apreciación de la prueba del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y para combatir el mon-

tante de la diferencia entre el precio pactado entre «M» y «TE» (8.272.157 pesetas) y el realmente pagado por «M» a otros empresarios, por incumplimiento de «TE» (10.980.000 pesetas), basa el recurrente dos motivos del recurso: el cuarto, por error de Derecho, por inaplicación del artículo 1.228 del Código Civil, y el quinto, por error de hecho en distintas partidas y que resultan de documentos y actos auténticos, especialmente los libros de contabilidad de la sociedad actora y las manifestaciones de distintos proveedores y certificación municipal.

La prueba de libros llevada a efecto carece de valor, en tanto en cuanto no se produce en ella una comprobación por partidas de la factura básica presentada por el actor y no se complementa por elementos contables, ni técnicos, que permitan establecer un cotejo significativo. Solamente se viene a poner de manifiesto una falta de rigor contable que, por sí misma, no es determinante de una regla sobre el valor de la prueba que haya sido infringida, por lo cual, la contabilidad de la actora no puede tomarse como básica, fuera del conjunto de la prueba, ya que éste no es el alcance del artículo 1.228 del Código Civil referente a los asientos, registros y papeles privados, ni el del artículo 47 del Código de Comercio, que en su actual redacción no concede a los libros de comercio un valor probatorio especial (Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1982 y 7 de enero de 1983), todo lo cual conduce a la desestimación del motivo cuarto.

Que el motivo quinto se basa, para impugnar la cuantía de ciertas partidas, en la propia resultancia de la prueba de libros, que no se puede estimar concluyente, y en aseveraciones derivadas de prueba testifical o documentos producidos por testigos, ninguno de los cuales tiene el carácter de documento o acto auténtico que, por sí mismo y sin necesidad de deducciones, ponga de manifiesto el error en la apreciación de la prueba, que se ha basado en el examen de numerosos documentos y testigos y que lleva a la conclusión de que los gastos que hubo de pagar con motivo del incumplimiento de «T» fueron los alegados (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1985 y 12 de marzo de 1986, entre otras), aunque la obra, en su curso, experimentara diferentes modificaciones, por lo que el motivo debe decaer.

El sexto motivo se basa también en error de hecho, que se deduce de que la sentencia afirma que la obra útil antes del abandono se cifra en la cantidad de 2.337.690 pesetas, por lo cual, como las letras que vencían el 29 de agosto totalizaban 2.068.039 pesetas, debieron ser pagadas a su vencimiento y en ningún caso cargado a la demandada el importe de los gastos por el impago de la actora; pero tal razonamiento no puede acogerse, porque presupone que la sentencia no declaró incumplidor al demandado (como hizo), e incumplidor que manifestó su conducta antes del vencimiento de las letras, que obedecían a parte de un precio total por una prestación que no se produjo y no por una entrega parcial de obras que pudieron resultar útiles, pero dentro de una conducta que obligó a la actora a una nueva contratación de obras más onerosa para poder cumplir un contrato con el Ayuntamiento de Palencia.

RICARDO DE ANGEL

LETRA DE CAMBIO: PROVISION DE FONDOS (PRUEBA) (SENTENCIA DE 15 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 José María Gómez de la Bárcena.

El único motivo del recurso se ampara en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la infracción por el concepto de violación del artículo 456 del Código de Comercio, en relación con el 457 del mismo Cuerpo legal y la «doctrina contenida en la Sentencia de 30 de enero de 1936 y otras concordantes», al estimar el impugnante que en el caso que nos ocupa la obligación de probar la provisión de fondos, ineludible para el ejercicio de la acción cambiaria, no ha sido cumplida por el librador demandante, al que por su condición de comerciante correspondía la obligación de constatar en sus libros de comercio los asientos que corroboraran la existencia del crédito a su favor y a cargo del librado-aceptante de las cambiales, obligación que el accionante ha tratado de eludir, pese a solicitarse la práctica de una prueba tendente a acreditar tal extremo, sin que pueda estimarse prueba bastante de la existencia de la provisión, como denota la sentencia impugnada, la carta dirigida por el recurrente al Administrador único de la sociedad actora, que sólo a través de «una interpretación extensísima que viola los principios legales de imputación de la prueba» puede ser considerada como reconocimiento de deuda, insistiendo seguidamente en que en las actuaciones «no existe prueba de que el librador haya hecho provisión de fondos a favor del recurrente».

Doctrina de la Sala.—El motivo que antecede, y por ende el recurso, ha de perecer, por la simple razón de que, como ya esta Sala tiene dicho (Sentencias de 18 de marzo de 1960, 8 de octubre de 1964, 8 de abril de 1983 y 23 de septiembre de 1986), la provisión de fondos a la persona a cuyo cargo se libre una letra de cambio constituye una premisa de orden fáctico que corresponde establecer a los Tribunales de la instancia, tras examinar y valorar las probanzas practicadas, de tal forma que las afirmaciones que al efecto contenga la sentencia impugnada, sólo podrán ser atacadas por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Adjetiva Civil, y si ello no se hace eficazmente, son vinculatorias para este Tribunal las circunstancias de hecho establecidas por el Tribunal *a quo*, y que permanecen inalteradas en casación, como determinantes de la provisión; que es cabalmente lo que en el supuesto examinado acaece, dado que la Sala de instancia, reproduciendo los razonamientos de la sentencia de primer grado, tras examinar y valorar la carta suscrita por el demandado recurrente, acompaña a la demanda, y reconocida por éste en confesión judicial, declara probada la provisión, añadiendo que no se ha alegado «elemento de prueba alguno que desvirtúe tal provisión»; declaración fáctica que exigía su desvirtuación por adecuado cauce, lo que al no haberse hecho, hace abocar el motivo en la causa de inadmisión prevista en el número quinto del artículo 1.729 de la Ley Rituaria, que en este trámite lo es de desestimación, pues para la aplicabilidad de la normativa que se

dice infringida hace el impugnante supuesto de la cuestión, estableciendo unos hechos distintos a los reiteradamente proclamados en las sentencias de primero y segundo grado.

RICARDO DE ANGEL

CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACION: CONTENIDO. CLAUSULAS NULAS (SENTENCIA DE 6 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 de una de las partes. Ponente: don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la Sala.—Frente a la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Madrid de 10 de octubre de 1983, que al confirmar la del Juzgado de Primera Instancia de Torrijos (Toledo) de 8 de octubre de 1981, dio lugar, esencialmente, a la demanda principal, al tiempo que estimó parcialmente la reconvenzional; se interpusieron por ambos litigantes sendos recursos de casación postulando la nulidad de aquella resolución por estar incurso, según el demandante principal, en interpretación errónea del artículo 239 del Código de Comercio, así como en violación de la doctrina legal que citó y de los artículos 1.255, 1.265 (en relación con el 1.266) y 1.254 (en relación con el 1.262) del Código Civil, todos por este orden expuestos en los motivos primero a cuarto y séptimo del correspondiente recurso, en el cual también se hace denuncia, en los motivos quinto y sexto, al amparo, respectivamente, de los números segundo y séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción aplicable, de incongruencia y error de hecho en la apreciación de la prueba por el juzgador, temas estos últimos de preferente examen dada su naturaleza e influjo sobre los restantes motivos del propio recurso y sobre los del otro formulado por la demandante de reconvencción, en el que, paralelamente, también se postula una declaración de haberse cometido error, ahora de Derecho, con violación, por la sentencia impugnada, del artículo 1.232 del Código, motivo igualmente de prioritario examen al que ha de seguir el de los articulados segundo y tercero de este otro recurso, en los que, al amparo del número primero de aquel artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se reputa de indebida en la instancia la aplicación del artículo 1.281 del Código, y se consideran violados los artículos 1.740 del mismo ordenamiento y el 1.º de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908.

El examen objetivo de los errores en que los recurrentes pretenden que incidió la resolución combatida no permite la apreciación de los mismos —con el consiguiente periclitamiento de los motivos en que son expuestos—, ya que, en cuanto al denunciado por el demandante principal, señor L. A., sobre tomar como documento auténtico revelador del error precisamente el contrato suscrito por los intervinientes el 22 de junio de 1976, cuyo contenido y eficacia fueron justamente objeto de discusión en el pleito, con lo que el tal documento quedó privado del privilegio de autenticidad que la parte le atribuye, el supuesto error es planteado enfrentando un determinado párrafo de un considerando —el quinto— de la sentencia impugnada, que contiene una afirmación meramente reforzadora del principal argumento del juzgador —incompatibilidad de las cláusulas anuladas

con el negocio jurídico querido por las partes—, argumento éste cuya interesada omisión lo deja intocado y obstaculiza, de manera insalvable, la conclusión de error, que así resulta tan rechazable como el que, a su vez, denuncia la contraparte, recurriendo también a la utilización parcial de las confesiones prestadas en el proceso para deducir, de los particulares interesadamente acotados, que «implícitamente» resulta adverada su afirmación de haberse efectuado ya la rendición de cuentas que la sentencia impone, sentando una conclusión inaceptable por su manifiesta parcialidad ante la objetividad de la sentencia combatida, que, en otro orden de cosas, ha de ser reafirmada, no obstante la objeción de incongruencia que el demandante principal le hace para el supuesto de que al fundamentar la nulidad de las cláusulas contractuales que declara, «se estuviese refiriendo a otros vicios del consentimiento distintos del error», según dicción textual del recurrente, refiriéndose a una situación que, además de no ser del caso, supone la articulación del motivo, cuestionando no la parte dispositiva de la sentencia, que es lo propio del recurso, sino una eventual motivación en el pensamiento del juzgador de la que no existe la menor huella en el mandato de la propia resolución atacada.

Los restantes motivos del recurso interpuesto por la demandante reconvencional, que se articulan bajo los ordinales segundo y tercero de su escrito de formalización en denuncia, respectivamente, de aplicación indebida del artículo 1.281 del Código Civil —«aplicación que produce, a su vez, dice el texto de aquel motivo, violación del artículo 1.740 del mismo Código»— y por violación del artículo 1.º de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908, están condenados a claudicar, ya que, por lo que hace al citado en primer término, sobre la improcedencia de desarrollar en un mismo motivo dos supuestos de infracción —aplicación indebida de una norma y violación de otra— conculcando el mandato del párrafo segundo del artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que la recurrente pretende no es otra cosa que la calificación del contrato documentado el 22 de junio de 1976, haciendo, a los fines de su interés de que sea tenido por préstamo y no considerado de cuentas en participación, una larga exposición de teorías doctrinales en todas las cuales está presente, para la calificación pretendida, la entrega efectiva del dinero o cosa fungible al prestatario, circunstancia cuya falta aquí, al lado de la expresa declaración de las partes en sentido contrario, determinó el rechazo, en la instancia, de la calificación de préstamo y la consideración, de acuerdo con la expresada voluntad de los interesados, de contrato de cuentas en participación, calificación ésta a la que el juzgador llegó luego de interpretar el concreto convenio y las circunstancias del caso, por lo que ha de reputarse correcta, al menos como correspondiente al contrato básico (al que acompaña alguna prestación accesoria conexas, como luego se dirá), y que no ha de ser aceptada, puesto que la tarea interpretativa corresponde a los Tribunales de instancia, cuya decisión, en este punto, procede mantener, en tanto no se revele ilógica o en pugna con alguna norma precisa de hermenéutica, aun en los casos en que pueda caber alguna duda de su exactitud rigurosa, según constante doctrina jurisprudencial, de la que son muestra reciente las Sentencias de 21 y 28 de febrero y 4 de marzo de 1986, e incluso aunque alguna de las cláusulas contractuales vayan más allá del contenido propio de la figura contractual calificada, en tanto, como aquí sucede, la existencia de las mismas no desnaturalice la esencia del

contrato básico por estar incorporadas a él con carácter accesorio. La verificación de que el tercero y último motivo de casación del recurso en examen se articula sobre la base desechada de que lo convenido en el contrato de autos fue un préstamo hace decaer el mismo, ya que la argumentación de que el convenio suscrito en junio de 1976 cae en el supuesto de la Ley de 23 de julio de 1908, se asienta en la realidad del contrato de préstamo, que, como se ha razonado, no es la del caso.

La argumentación precedente relativa a la calificación del contrato en disputa es, en general, aplicable a la denunciada interpretación errónea que, por el demandante principal, se hace en su recurso —motivo primero— del artículo 239 del Código de Comercio, así como a la jurisprudencia que cita en el motivo segundo, que, en consecuencia, decaen, ya que la tesis que en ellos se mantiene de la obligatoria devolución del capital al partícipe por el dueño del negocio *siempre*, es tan incompatible con la naturaleza del contrato de cuentas en participación que configura aquel artículo, contrato en el que el gestor hace suyas las aportaciones del cuenta-partícipe que adquiere el derecho a las ganancias en la proporción que se establezca y, por supuesto, el de que le sea rendida cuenta de la marcha del negocio (Sentencias de 30 de abril de 1964, 23 de noviembre de 1961, 8 de febrero de 1963, 13 de febrero de 1965 y 4 de octubre de 1965), como alejada de la doctrina que, en el otro motivo en estudio, se cita, de la que el propio recurrente destaca las Sentencias de 7 de febrero de 1969 y 24 de octubre de 1975, aquélla referida a lo acaecido, de hecho, en la ejecución de un contrato inexistente, lo cual es bien distinto de la genérica declaración doctrinal que el recurrente pretende, y ésta otra, en la que las afirmaciones que contiene de que el partícipe «cuyo capital pasa al dominio del gestor o dueño o condueño del negocio»..., «pueda conservar contra éste un derecho de crédito sobre la parte de capital aportado que no se pierda», no contradicen la anulación parcial, llevada a cabo en la instancia y discutida en los motivos del recurso, de las cláusulas séptima, octava, novena, décima y decimoprimeras, en cuanto en éstas se contiene, y a ese particular ha de contraerse la nulidad decretada por incompatibilidad con la naturaleza del contrato querido (como el propio juzgador de instancia puso de manifiesto en el cuarto considerando de la sentencia), la obligación inalterable del gestor de devolver íntegramente el capital recibido sin consideración alguna a la marcha y al resultado del negocio, no obstante que, en buena doctrina, deba ser, en función de la prosperidad del mismo, delimitado el alcance económico de la participación convenida.

Las consideraciones más atrás hechas, que comportan el rechazo de los motivos primero y segundo del recurso que se enjuicia y el de los restantes del mismo en cuanto en ellos se pretende la devolución del capital aportado, *en todo caso* y con independencia de la marcha del negocio, no obstan, sino que, antes bien, justifican la pretensión de validez de las estipulaciones contractuales anuladas por la sentencia impugnada en el particular de ellas en que se contienen pactos cuya subsistencia no es incompatible con la naturaleza del contrato de cuentas en participación, que fue, en la instancia, el argumento esencial determinante de la nulidad en bloque de las estipulaciones séptima a decimoprimeras, ambas inclusive, del contrato discutido. Porque si bien se trata de un contrato único cuyo contenido más relevante se acomoda y encaja dentro del tipo

único de contrato de cuentas en participación, así expresamente rubricado por los suscribentes y acertadamente calificado en la instancia, existen en él prestaciones complementarias cuya subsistencia no implica desviación del fin concreto querido por los interesados. Así procede declarar, con acogimiento del tercero de los motivos de casación del recurso en presencia —acogimiento que hace innecesario el examen de los restantes del propio recurso con similar pretensión—, articulado por violación del artículo 1.255 del Código Civil, que consagra la libertad de pacto, la validez de lo convenido en las cláusulas séptima y novena del contrato de 22 de junio de 1976 en el extremo concreto de la duración de las cuentas en participación, en principio indefinida, sin perjuicio de la facultad de denuncia que a los interesados asiste —artículo 1.128 del Código Civil—, así como el extremo de la estipulación octava, que recoge la obligación de la dueña del negocio de traspasarlo a determinados familiares del cuenta-partícipe, la forma de llevar a cabo el justiprecio del traspaso y efectos del incumplimiento de este preciso pacto por la obligada, con alcance económico, para tal eventualidad, que no puede extenderse, por las razones más arriba reiteradas, a eliminar al partícipe, en su caso, de asumir el mismo porcentaje, en las pérdidas habidas, que el que, para el supuesto contemplado de incumplimiento, se establece como participación en las ganancias y, en el mismo caso, la validez de la opción, puesto que, contenida en la estipulación undécima, cuya nulidad ha de contraerse al particular de los efectos económicos en ella previstos, ha de insistirse en ello, las cláusulas en cuestión están, como todas las demás estipulaciones, insertas bajo la general rúbrica de «contrato de cuentas en participación», que, como rótulo genérico, abre, en la parte expositiva, el convenio querido, el cual, por tanto, ha de ser tenido en cuenta al juzgar el alcance y supervivencia de cualquiera de las estipulaciones particulares ostensiblemente accesorias entregadas en él, ya que otra cosa supondría caer en una interpretación desviante de la manifiesta voluntad de los contratantes y del fin que se propusieron alcanzar.

RICARDO DE ANGEL

SOCIEDAD ANONIMA: COMPROMISO DE COMPRA POR UN SOCIO DE LAS ACCIONES DE LOS OTROS ACCIONISTAS DE LA SOCIEDAD. VALOR NETO DE LAS ACCIONES. INTERPRETACION (SENTENCIA DE 22 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.—Un orden lógico en el examen de las cuestiones planteadas nos lleva a dar prioridad al examen del tercero de los motivos en que se apoya el presente recurso, puesto que basado aquél en pretendida infracción por violación del artículo 1.281 del Código Civil, en relación a la interpretación dada en la instancia al contrato suscrito entre las partes litigantes el día 10 de enero de 1977, obvio es que de la corrección o no de tal extremo básico y fundamental dependerá inexorablemente la suerte de los demás motivos, en los que los recurrentes, Construcciones «ASA»

y don Francisco M. R., haciendo supuesto de la cuestión, dan por admitido y resuelto que Construcciones «ASA» no quedó vinculada ni obligada por dicho convenio, denunciando temerariamente en los demás motivos —por cierto, de manera novedosa— la supuesta infracción de preceptos tan genéricos del Código Civil como los artículos 1.254 (motivo primero), 1.137 (motivo segundo), 1.445 (motivo cuarto) y 6.º en su párrafo 3 (motivo quinto).

En el citado motivo tercero se denuncia, como ya se ha dicho, infracción por violación del artículo 1.281 del Código Civil, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente al tiempo de interposición del recurso. Como es bien sabido, en materia de interpretación es prevalente el criterio de la Sala que dictó la sentencia recurrida, en tanto no se acredite debidamente, por el cauce y concepto adecuados, que se han infringido normas interpretativas o se demuestre el error por la vía adecuada; doctrina conocida y reiterada de la Sala que no exime del estudio y consideración del supuesto litigioso desde la perspectiva de las cuestiones planteadas en casación y que sirve, en este caso, para comprobar el acierto con que la Sala de instancia interpretó el sentido y alcance del documento en que se instrumentó el contrato *inter partes*. Los actores, ahora recurridos, don Domingo M. S. y don Fernando P. P., que en su día habían constituido con el demandado y recurrente, don Francisco M. R., la Compañía mercantil Construcciones «ASA», también demandada y ahora recurrente, para «la compra, venta y construcciones de inmuebles y edificaciones...», decidieron separarse de la sociedad, y a tal fin pactaron y acordaron el 10 de enero de 1977, en el convenio o contrato objeto ahora de consideración, que el señor M. adquiriría y se hacía dueño de la totalidad de las acciones de la repetida sociedad mediante el pago a los señores M. y P. de las cuotas de patrimonio neto que como valor efectivo de sus acciones correspondía a cada uno de los vendedores, fijándose de manera clara e inequívoca en el pacto primero de ese contrato o convenio liquidatorio las respectivas cuotas de patrimonio neto de la sociedad de cada uno de los dos socios salientes (30 y 40 por 100) y el correspondiente pago de las mismas en los términos allí expresados. Tampoco cabe duda razonable alguna respecto a lo dicho en el pacto segundo sobre la responsabilidad por «gastos y quebrantos» que pudieran originarse a cargo de los mentados señores M., P. y M. en las proporciones que se determinan, dado que tal previsión se refiere expresamente «al supuesto de que fuera preciso acudir a procedimientos judiciales para el cobro de las cambiales», no siendo posible, en consecuencia, extender o generalizar lo expuesto a otros extremos o supuestos que no sean precisamente los previstos específicamente en dicho pacto, de igual forma que, con igual claridad, del pacto quinto resulta que la responsabilidad por deudas tributarias que en el mismo se puntualiza por tener pendiente la sociedad la cuantificación y pago de «diversos conceptos fiscales», se concreta sólo a los de esa naturaleza, afectando además de modo exclusivo a su pago los importes de saldos de libretas y valores situados a nombre de la sociedad en las entidades bancarias que detalladamente se citan. Los términos en los que las partes (únicos socios de la entidad mercantil) convinieron sus respectivos derechos y obligaciones son tan claros y expresivos que no caben especulaciones forzadas —como en el recurso se pretende— sobre la intención conjunta de los intervinientes en el con-

venio liquidatorio con la correspondiente adjudicación por venta de acciones, para lo cual, obviamente, no era preciso convocar ninguna junta ni efectuar balance o cuenta de pérdidas y ganancias, por cuanto que en el repetido acuerdo liquidatorio de la sociedad se fijaba definitivamente el patrimonio neto sin posibles variaciones, salvo en lo relativo a los tributos devengados y no satisfechos. Todo lo cual conduce a la desestimación de este tercer motivo, que nos ha llevado, en un orden lógico adecuado, a ponderar el sentido y alcance del contrato de 10 de enero de 1977, por el que los actores, hoy recurridos, se separaron de la sociedad constituida en su momento con el demandado y ahora recurrente.

Lo dicho en el apartado anterior conlleva y supone el rechazo en bloque de los motivos primero, segundo, cuarto y quinto del recurso, en los que de forma sorprendente y novedosa se combate la sentencia recurrida, alegando, como dicho queda en el primer fundamento de Derecho, infracción por violación por inaplicación del artículo 1.254 del Código Civil, infracción por aplicación indebida del artículo 1.137 del mismo Código, infracción por violación del artículo 1.445 de dicho Cuerpo legal y, en fin, infracción por violación del párrafo 3.º del artículo 6 del propio Código Civil, al amparo en los cuatro casos del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sin más pretendido fundamento, reiterado en todos los apartados del recurso, que «Construcciones 'ASA' está excluida del mentado contrato y no figura en absoluto como persona que se haya obligado respecto a las otras». Todo ello después de haber sostenido y suplicado en la instancia que «...teniendo por alegada la excepción de compensación en nombre de mis representados, don Francisco M. R. y Construcciones 'ASA', se digne estimarla declarando compensada la deuda hasta la suma de 2.044.899 pesetas, que acredita esta parte de los actores, y dictar en su día sentencia por la que se estime parcialmente la demanda y se condene a mis representados al pago únicamente de la suma de 1.385.111 pesetas, con imposición de costas a la adversa»; lo que, a mayor abundamiento, pone de manifiesto que estamos en presencia de nuevos y contradictorios razonamientos que se hacen en este momento procesal con pretendida base en artificiosas y forzadas argumentaciones que la parte recurrente ofrece bajo nuevas e inadmisibles perspectivas, haciendo supuesto de la cuestión e introduciendo pretensiones *ex novo*, circunstancias que de suyo impiden su examen y discusión en casación.

RICARDO DE ANGEL

DENEGACION DE PRUEBA EN LA INSTANCIA: PARA PODER FUNDAMENTAR EL RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA (SENTENCIA DE 28 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.—Interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Albacete de 4 de mayo de 1984, al amparo del número 5.º del

artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción aplicable al caso, fundándolo en que solicitada del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ciudad Real la práctica de prueba pericial en el procedimiento a que se contrae, fue denegada la práctica de tal probanza primero por el Juzgado y luego por la Sala de apelación ante la que se reiteró la misma petición de prueba, el recurrente olvida que para que la denegación en la instancia de cualquier diligencia de prueba propuesta pueda fundar la casación son menester no sólo la admisibilidad de la misma conforme a Derecho, sino además que la desestimación de la misma haya producido indefensión a la parte que la propuso y que ésta hubiera intentado la subsanación del vicio utilizando al efecto los oportunos recursos ordinarios (Sentencias de 9 de marzo de 1984, 9 de abril, 4 de octubre y 26 de noviembre de 1985, entre tantas otras), requisitos cuya presencia no puede predicarse del actual caso en el que a la inutilidad y manifiesta impertinencia de la pericial solicitada para acreditar que la expresión del lugar y fecha del escrito de demanda «había sido puesta con máquina distinta y encima de un soberraspado» (*sic*), circunstancia apreciable a simple vista por el más profano y absolutamente ajena al pleito, se une el dato, puesto de manifiesto oportunamente por la Sala de instancia, de que el interesado no recurrió el acuerdo denegatorio del Juez de Primera Instancia conforme al artículo 567 de la Ley Procesal Civil, lo que constituye, a tenor del mismo precepto, un obstáculo al intento de subsanar el supuesto vicio ante el órgano de apelación.

RICARDO DE ANGEL

**PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA:
ARRENDAMIENTO CONCERTADO POR EL DUEÑO DEL LOCAL
HIPOTECADO DESPUES DEL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA
DE HIPOTECA (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1986).**

Hechos.—Se desprende de los Fundamentos Jurídicos de la Sentencia que a continuación se reproducen. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Jaime Santos Briz.

Doctrina de la Sala.—El primero de los motivos del recurso se formula al amparo del número 1.º del artículo 1.692, redacción vigente, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y al amparo, *ad cautelam*, del artículo 1.695, redacción anterior, de dicha Ley Procesal, al resolver, según el recurrente, en el auto recurrido puntos que no fueron objeto de controversia, como es sobre la invalidez de un contrato de alquiler con desahucio y lanzamiento de unos ocupantes a los que no se ha demandado ni oído en el procedimiento de ejecución del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. El motivo debe ser desestimado por las siguientes consideraciones: a) Ha de estimarse formulado, como el resto de ellos, al amparo de la redacción anterior de la Ley Procesal Civil por haberse preparado el recurso de casación por infracción de ley con anterioridad al día 1 de septiembre de 1984 en que comenzó a regir la reforma de 6 de agosto de 1984; por tanto, se cita como infringido el artículo 1.695 de la antigua re-

dacción, precepto totalmente diverso de aquel al que se quiere equiparar en la nueva Ley, contenido en el número 1.º del artículo 1.692. Este último se refiere a su vez a materia similar a la de las antiguas normas de los artículos 1.692, número 6.º, y 1.693, número 6.º, dado su casi idéntico tenor literal: por tanto, referido, según declaró muy reiteradamente esta Sala, a la competencia por razón de la materia o del grado de jurisdicción, o a la preferencia entre Juzgados o Tribunales de igual grado dentro de la jurisdicción ordinaria. Todo ello cuestiones por completo diferentes a las que el recurrente considera incluidas en el mismo número 1.º del citado nuevo artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil. *b)* El artículo 1.695, anterior redacción, se refiere exclusivamente a los autos que se dicten en ejecución «de sentencias», es decir, no a cualquier resolución, sino a lo mandado en sentencia firme de cuya ejecución se trate. Y es obvio que no puede en modo alguno equipararse a sentencia firme una escritura de constitución de hipoteca que sirve de base al procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, ni puede admitirse que dicho procedimiento se sigue para ejecutar una sentencia. No es confundible el título contractual con efectos de título ejecutivo que implica la expresada escritura, con la sentencia judicial, aunque ésta sirva también de título ejecutivo cuando se trata de llevar a efecto lo en ella ordenado. *c)* La inadmisibile equiparación que el recurso señala entre el número 1.º del artículo 1.692, nueva redacción, de la Ley Procesal Civil y el artículo 1.695 de la anterior, debe ser sustituida por la existente entre esta última norma y el número 2 del artículo 1.687 de la nueva redacción, relativo a los recursos de casación contra los autos dictados en apelación en los procedimientos para ejecución de sentencias recaídas en juicios declarativos ordinarios, supuesto también muy diferente del contemplado en este recurso, en que se trata de ejecución de auto de adjudicación y dación de posesión de bienes sometidos al procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Por todo ello decae el motivo examinado, ante lo defectuoso de su formulación y lo inadmisibile de las consecuencias a que por erróneo camino se quiere llegar.

El segundo motivo de casación formulado, en cuanto ahora interesa, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil antes de su última reforma, acusa error de hecho en la apreciación de la prueba derivado de documentos auténticos que, en opinión del recurrente, demuestran la equivocación evidente del juzgador. El motivo, después de enumerar hasta 22 documentos que estima como auténticos hace un parcial examen de la prueba, refutando minuciosamente los criterios que sobre ella ha mantenido la sentencia recurrida, con mezcla de cuestiones de Derecho sustantivo como en cuanto a la constitución de la hipoteca y con examen en realidad del conjunto de las pruebas obrante en las diligencias de ejecución, y distanciándose manifiestamente de lo que se ha declarado por esta Sala que significa la estimación del error de hecho con base en documento auténtico, en cuyo concepto no se hallan, según repetidamente se ha declarado, los escritos ni las resoluciones judiciales, ni los documentos de carácter administrativo, a cuyas especies corresponden la mayoría de los enumerados en el motivo; ni en cuanto a los restantes se hace un examen particularizado de ellos para poner de relieve la equivocación de la Sala, sino que esta equivo-

cación es como el resultado final a que llega el recurrente después de haber examinado las pruebas aportadas. De ahí que el motivo haya de decaer, máxime cuando en sus aspectos sustantivos, inadecuadamente tratados en un motivo de hecho, las consecuencias jurídicas son también desfavorables para el recurso. Así: a) Del hecho probado de que la escritura de hipoteca lleva fecha 28 de septiembre de 1978, anterior al contrato de arrendamiento de local de negocio o de industria en que se ampara el recurrente, que es de 14 de noviembre siguiente, no puede deducirse que el arrendamiento haya de superponerse a la hipoteca por la circunstancia de que tal escritura no se inscribió en el Registro hasta el mes de mayo de 1979, pues implica desconocer que como dice el ordenamiento (arts. 1.876 del Código Civil y 104 y 145 de la Ley Hipotecaria) la hipoteca se «constituye» en escritura pública, y desde entonces surte efectos para los otorgantes y sus causahabientes (arts. 1.218 y 1.225 del Código Civil), aunque no quede válidamente constituida *erga omnes* hasta que no se inscriba en el Registro (Sentencias de 14 de julio de 1930 y 3 y 12 de enero de 1943). Es cierto que la inscripción de la hipoteca tiene carácter constitutivo del derecho real, pero ello no autoriza para que los otorgantes y sus causahabientes (entre los que se halle el recurrente) desconozcan esa fecha de la escritura y se constituya un arrendamiento posterior que pretende dejar ineficaz al efecto real de la atribución del dominio del inmueble al acreedor. b) Luego el recurrente cuando constituyó el arrendamiento con su fallecido padre sabía que la finca estaba hipotecada y podía suponer que tenía limitadas sus facultades como tal arrendatario si se llegaba a resolver el derecho del arrendador concedente, como así ocurrió al ser ejecutada la hipoteca y quedar extinguido el arriendo, según se deduce de la doctrina sentada por esta Sala, entre otras, en Sentencias de 22 de diciembre de 1945 y 22 de mayo de 1963. c) La misma conclusión cabe deducir de una interpretación lógica de la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, en relación con la regla 8.ª, en cuanto que los asistentes a la subasta aceptan las cargas y gravámenes anteriores al crédito del actor, pero no los posteriores que no se mencionan y al expresarse por mandato legal en el auto de adjudicación que se cancelen todas las inscripciones y anotaciones posteriores a la inscripción de la hipoteca, de donde se deduce la ineficacia de un mero derecho personal posterior a la constitución de la hipoteca como es el arrendamiento de industria o de local de negocio establecido sobre unos locales a favor del recurrente en 1978, y de los que anteriormente, como consta en documento de 30 de septiembre de 1977, examinado por la Sala *a quo*, fue arrendatario el deudor hipotecario en unión de sus dos hijos, uno de ellos el actual recurrente que con posterioridad devino en único arrendatario. d) De todo ello y del certero examen de la prueba hecho por el auto recurrido deriva que el motivo en examen debe también ser desestimado.

El tercero y último de los motivos de este recurso se ampara en el número 1.º del artículo 1.692, anterior redacción, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando la infracción del artículo 24, número 1.º, de la Constitución, el 446 del Código Civil y los artículos 2.056 y 2.059 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Motivo también desestimable, en cuanto que en modo alguno puede alegar el recurrente su indefensión, máxime cuando

ha podido hasta interponer recursos de casación por quebrantamiento de forma y por infracción de ley en un procedimiento judicial sumario de puro apremio, como el regulado en la Ley Hipotecaria (art. 131), cuyo procedimiento, como se razonó en la sentencia en que fue desestimado el recurso por quebrantamiento de forma, no permite más que la ejecución hipotecaria a través del ejercicio del *jus distrahendi* del acreedor, sin que en él puedan participar partes procesales al modo como en los juicios declarativos o especiales y que no permite suspensión alguna, salvo en los supuestos que taxativamente señala el artículo 132 de la citada Ley. Asimismo la protección que el artículo 446 del Código Civil dispensa a «todo poseedor» está subordinada, como ha declarado esta Sala (Sentencia de 8 de octubre de 1928) a los preceptos que regulan el derecho del verdadero propietario, en este supuesto el adjudicatario del inmueble en el procedimiento sumario antes mencionado, parte recurrida, y finalmente tampoco hay infracción alguna de los demás preceptos invocados en este motivo relativos a la posesión judicial en los casos en que no proceda el interdicto de adquirir, regulación que no obsta a la que para otros casos establecen las leyes, como es la ejecución hipotecaria prevista en esta legislación especial y que en el supuesto contemplado es de preferente aplicación a cualquier otra.

RICARDO DE ANGEL

TASACION DE COSTAS: HONORARIOS DE LETRADO (NO INCLUYE LOS VIAJES DEL ABOGADO) (SENTENCIA DE 6 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.—Como estableció la Sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 1980, la minuta de honorarios del Letrado interviniente en unas actuaciones judiciales debe limitarse a comprender los devengos derivados de su estricta actividad profesional emanante de su cualidad de tal profesional del Derecho y no a otros aspectos complementarios de ella, dado que lo comprensible en los honorarios de Letrado es simplemente el abono del trabajo intelectual y su desarrollo, pero no los trabajos materiales, que si aquél los ha asumido personalmente ya quedan insertos en su reclamación genérica de honorarios profesionales, razón por la que y abundando en el criterio que ya hubieron de mantener las sentencias de esta propia Sala de 13 de mayo de 1871 y 2 de junio de 1900, los gastos de viaje por trasladarse el Letrado desde su domicilio al lugar donde ha de prestar sus servicios profesionales, no son de procedente abono por la parte contra quien recayó el pronunciamiento de condena en costas, todo lo que determina la procedencia de estimar la pretensión articulada por el Procurador don Manuel Ayuso Tejerizo en el sentido de excluir, por indebidos, de la minuta formulada por el Letrado don

José María D. B., los honorarios correspondientes a dietas por desplazamiento de Valencia a Madrid y demás gastos de viaje, cifrados en la referida minuta en la suma de 44.500 pesetas.

RICARDO DE ANGEL

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA EN JUICIO EJECUTIVO POR LETRA DE CAMBIO: LUGAR DE DOMICILIACION DE LAS LETRAS, A PESAR DE SUMISION EXPRESA EN EL CONTRATO CAUSAL (SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE 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.—Reiterada jurisprudencia de esta Sala, contenida entre otras y como más recientes en las Sentencias de 5 de mayo y 14 de julio de 1983 y 29 y 30 de marzo de 1984, ha sancionado que «en los juicios ejecutivos derivados de letras de cambio, aceptadas por el ejecutado, la competencia para su conocimiento corresponde al lugar donde fueron las cambiales domiciliadas para su pago y allí protestadas, no siendo admisible la sumisión expresa pactada por los interesados en el contrato causal, acompañado por el ejecutante al serle notificado el auto del Juzgado requirente instando la inhibición, ya que el pacto de sumisión del contrato causal ha de referirse a las letras título de ejecución y al propio proceso ejecutivo, y además aportado en tiempo oportuno, no al contestar al requerimiento de inhibición», pues es regla general, como también pone de relieve la Sentencia de esta propia Sala de 4 de octubre de 1985, que para acreditar sumisión a efectos de competencia no puede tenerse en cuenta el contrato causal presentado extemporáneamente, habiendo de resolverse la cuestión de competencia atendido a los escritos de demanda y de proposición de la inhibitoria y a los documentos aportados con tales escritos.

RICARDO DE ANGEL

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: NO ES SUMISION EXPRESA LA REMISION A CONDICIONES IMPRESAS NO SUSCRITAS (SENTENCIA DE 16 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 Cecilio Serena Velloso.

Doctrina de la Sala.—La presente cuestión de competencia aparece trabada entre los Juzgados de Distrito, número 20, de Barcelona, en que pende juicio verbal civil en reclamación de 30.500 pesetas, y el de igual clase de Don Benito que dirigió al primero requerimiento de inhibición. El objeto del juicio es la reclamación de la indicada cantidad en el concepto de precio de la venta con precio aplazado de libros efectuada

por la entidad demandante al demandado en los términos del documento privado que constituye el folio 3 del juicio y en que se refleja el contrato origen de la repetida reclamación. Examinado dicho documento, que aparece suscrito por el demandado en el anverso y dentro del recuadro correspondiente a la «Firma del cliente», expresa que el contrato se cierra «con las condiciones y forma de pago especificadas», apareciendo estas condiciones en el reverso y entre ellas la 9.ª, según la cual: «Para cualquier divergencia que pueda surgir en el tiempo de cancelación del crédito a que se refiere este documento que hubiéramos de dirimir judicialmente, me someto a la jurisdicción de Barcelona, renunciando a mi fuero». Este contrato, según se afirma en el escrito proponiendo la inhibitoria, no ha sido cumplido en parte alguna, ya que los libros pedidos no han sido remesados a Don Benito ni se ha puesto al cobro en esa plaza, domicilio del comprador, el primero de los recibos del precio aplazado fijado en 2.950 pesetas. Según el preceptivo dictamen del Ministerio Fiscal, la condición 9.ª recordada constituye cláusula de sumisión expresa, determinante de la competencia del Juzgado de Barcelona.

Observada la Ley de 17 de julio de 1948 por cuanto la sumisión cuestionada se hace en favor del Juez del propio y habitual domicilio de la Entidad demandada, la competencia pende de la validez de la cláusula sumisoria ya que el Juez competente para conocer de las acciones de toda clase es el del fuero convencional, según así lo dispone el artículo 56 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: aquel a quien los litigantes se hubieren sometido expresa o tácitamente. Se entiende por sumisión expresa, a tenor del artículo 57, la hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el Juez a quien se sometieren. Aunque el caso presente ofrezca similitud con el resuelto por la Sentencia de esta Sala de 23 de octubre de 1984 que reputó válida una cláusula muy semejante, también en documento de pedido de libros, pero existe la diferencia de que en el caso de dicha sentencia se había suscrito que las condiciones aceptadas eran las «estipuladas en el dorso»; mientras que en el caso presente se aprecia la variante de que las condiciones aceptadas son (según se ha transcrito) «las condiciones y forma de pago especificadas en este contrato, sin hacerse una paladina referencia a las figuradas impresas en el dorso las que no aparecen especialmente suscritas. No consta, en definitiva, que la sumisión aparezca suscrita o aceptada y, por lo tanto, no se da satisfacción a las exigencias del artículo 57 de que la sumisión sea clara y terminante y se expresen con precisión y claridad la renuncia al fuero propio y el Juez a quien se sometieren los interesados.

Descartada la sumisión expresa, inexistente la tácita, ya que el demandado interpuso la inhibitoria como el primero de sus actos procesales, ha de prevalecer el fuero del domicilio del demandado que es el del lugar del contrato, o sea, Don Benito, ya que no consta cuál sea el lugar en que deba cumplirse la obligación de pago del precio, ya que éste, según el documento aportado, debía tener efecto a la presentación de los recibos correspondientes a la forma de pago elegida, y que, al

parecer se le presentarían una vez recibida la obra adquirida o al serle entregada, negándose por el demandado tanto la presentación de los recibos como la remesa o entrega de ésta.

RICARDO DE ANGEL

DENEGACION DE PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA: NO SE DA LA CIRCUNSTANCIA DEL ARTICULO 862 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE 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 Pérez Gimeno.

Doctrina de la Sala.—Con independencia de que el caso aquí contemplado no puede subsumirse en ninguno de los motivos de casación por quebrantamiento de forma contemplados en los números 3.º y 5.º del artículo 1.693 de la Ley Procesal, en su anterior redacción, en cuanto el pleito fue recibido a prueba en primera instancia y no se denegó ninguna de las diligencias solicitadas, aunque no obstante, no pudo practicarse la propuesta por haberlo sido fuera de plazo, y en cuanto si no fue recibido a prueba en apelación se debió a que la Audiencia consideró, acertadamente, no hallarse comprendido el supuesto en ninguna de las hipótesis del artículo 862 de la citada Ley, hipótesis específica que ni siquiera se invocó, y con independencia igualmente de lo anómalo que resulta que en la declinatoria deducida se entendía como Juzgados competentes los de Barcelona, por alegar ser dicha ciudad lugar de su domicilio, pese a que en los dos poderes otorgados por el recurrente y obrante en autos, el uno en Zaragoza el 9 de diciembre de 1977, por tanto, anterior al pleito, y el otro en Barcelona el 16 de marzo de 1982, posterior a su personación, declara ser Las Palmas el lugar de su vecindad, es lo cierto que a tenor de los artículos 1.689, 1.º, y 1.690, 1.º, de la repetida Ley, cabe el recurso de casación contra las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias, si bien no tienen, a estos efectos, tal concepto las que recayendo sobre un incidente o artículo no ponga término al pleito haciendo imposible su continuación; por lo que si en el caso de litis la resolución recurrida es el auto de la Audiencia de 23 de diciembre de 1983, confirmatorio del dictado por el Juzgado el 23 de febrero de 1982 que desestimando la declinatoria propuesta por el hoy recurrente en el juicio ejecutivo promovido por el «Banco ..., S. A.», y estimándose competente para conocer de dicho proceso, acordaba la continuación del juicio por sus trámites, es manifiesto que no puede subsumirse en el supuesto del citado artículo 1.690, 1.º, en cuanto lejos de poner fin al pleito ordena su continuación.

RICARDO DE ANGEL

CUESTION DE COMPETENCIA POR INHIBITORIA: ENVIO DE MERCANCIAS A PORTES DEBIDOS (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE 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 Jaime Santos Briz.

Doctrina de la Sala.—En la demanda origen de la litis (juicio de cognición), de que dimana esta cuestión de competencia por inhibitoria, se reclama el importe de géneros remitidos desde Elche (Alicante) a Portu-galete (Vizcaya), constando por documentos acompañados al escrito de demanda que los envíos se hicieron a portes debidos, según albaranes en los que se hace figurar una suma en concepto de tales portes «debidos». Ningún otro principio de prueba ha aportado el demandado que contrarreste el aducido por el parte actora, por lo que sin prejuzgar lo que se resuelva definitivamente en la litis, y a los solos efectos de esta cuestión de competencia, ha de resolverse la misma en favor del vendedor demandante, en cuanto conforme a los artículos 1.171, en relación con el 1.500, párrafo 2, ambos del Código Civil, la entrega de la cosa, por tratarse de cosa determinada constitutiva de la obligación, tuvo lugar en Elche, viajando después la mercancía de cuenta y cargo del comprador, y en Elche es donde ha de efectuarse el pago, lugar que, fuera de los supuestos de sumisión expresa o tácita (aquí no acreditados), es aquel en que debe cumplirse la obligación, fuero preferente según determina el artículo 62, regla 1.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y como se ha declarado reiteradamente por esta Sala, el lugar en que un contrato debe tener lugar, o ha tenido efecto, para alguna de sus obligaciones, cual la de entrega de la cosa, es el propio para exigir el cumplimiento de las demás, en este caso la reclamación de pago del precio (Sentencias, entre otras muchas, de 13 de enero de 1942, 17 de marzo y 11 de octubre de 1945); abundando en el mismo criterio las de 18 y 23 de mayo y 1 de junio de 1983, al declarar que no constando la existencia de sumisión expresa, ni elementos de los que inferir la tácita, ni tampoco el lugar en que deba cumplirse la obligación, ni el de entrega de las mercancías, y ejercitándose una acción personal, derivada de una compraventa mercantil, es aplicable la regla jurisprudencial de que el lugar de entrega de la mercancía, y, por tanto, el del cumplimiento, es el del domicilio del vendedor y su Juzgado el competente.

RICARDO DE ANGEL

RESPONSABILIDAD CIVIL: EXCEPCION DE FALTA DE LITIS CON-SORCIO. PASIVO NECESARIO (NO ES PRECISO DEMANDAR A OTRO PERJUDICADO). INCONGRUENCIA: NO EXISTE (SENTENCIA DE 30 DE JULIO 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 Cecilicio Serena Velloso.

Para un adecuado enjuiciamiento del presente recurso de casación ocurre establecer las siguientes puntualizaciones: A) El 21 de julio de 1959 circulaban por la carretera de Madrid a Irún y en ese sentido de marcha el turismo de la matrícula BU ..., propiedad de don Alberto A. C., quien lo pilotaba, ocupando la primera posición y yendo seguido por otro turismo de la matrícula BOH-D-866 (D), propiedad de Agustín-Aurelio A. C. (nacido el 25 de septiembre de 1938), quien lo pilotaba, ocupándolo con su cónyuge María G. K. y sus tres hijos, entre ellos Angelines, nacida el 13 de diciembre de 1973. B) En el sentido de marcha opuesto marchaba Javier P. M., conduciendo el turismo de la matrícula M ..., ocupándolo Rafael D. M. y Jesús P. G. C) A causa de transitar una curva de dicha carretera ocupando este últimamente circunstanciado turismo la mitad izquierda de la calzada según su propio sentido de marcha, primeramente golpeó el lateral izquierdo del turismo de la matrícula BU ... y a continuación y perdido enteramente el dominio del vehículo, chocó frontalmente contra el de matrícula BOH-D-866 (D), estando éste enteramente en el lado derecho de su propio sentido de marcha. D) A consecuencia de la colisión ocurrida resultaron la muerte de Javier P. M. y la muerte y lesiones graves, respectivamente, de Rafael D. M. y Jesús Manuel P. G. y (lo que importa a los fines del presente recurso) la de Agustín-Aurelio A. C. y Angeles A. G. E) El turismo pilotado por Javier P. M. circulaba amparado por Seguro de Responsabilidad Civil concertado con la aseguradora «L.». F) La demanda originadora del juicio de que el presente recurso dimana aparece entablada por María G. K., por su propio derecho y en la legal representación de sus hijos supervivientes, dirigiéndose contra Rufino P. S. y Sabina M. I. en el concepto de padres y herederos del interfecto Javier P. M. y contra «L.», en reclamación de 3.835.000 pesetas, que corresponde, 3.500.000 pesetas a la indemnización procedente por fallecimiento de Agustín-Aurelio y Angelines, aparte y además de 600.000 pesetas que se confiesa haber percibido con cargo al Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor, y las restantes 335.000 pesetas por los daños reportados por el turismo de la matrícula BOH-D-866 (D), propiedad del matrimonio. Tanto la Sentencia del Juzgado como la de la Audiencia, contra la que el presente recurso se enredeza, han accedido a la pretensión resarcitoria.

Recurre en casación la compañía aseguradora.

Doctrina de la Sala.—De los cuatro motivos que el recurso articula debe ser examinado el cuarto y último antes que los restantes. Acusa, en efecto, incongruencia del fallo, fundada en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y amparada en el número 2.º (antiguo) del artículo 1.692. Alega este motivo, referente a la indemnización de 335.000 pesetas merecida por los daños materiales reportados por el turismo de la matrícula BOH-D-866 (D), que «habría que descontar el valor de los, restos, toda vez que, tanto si el reclamante se quedó con los mismos, como si los vendió, el intentar nuevamente su pago constituye un enriquecimiento injusto, al pretenderse indemnización por unos supuestos daños que realmente no se han producido». Salta a la vista la improsperabilidad de este motivo, ya que la incongruencia consiste en la falta de correspondencia entre las pretensiones de la fase expositiva y los

pronunciamientos del fallo, lo que poco tiene que ver con el enriquecimiento injusto. Si el fallo condenó al pago de la expresada cantidad, por el concepto indicado, sin tomar en consideración el valor remanente en los restos del vehículo, declarado siniestro total, es porque reputó que procedía el pago de esa cantidad, sin tomar para ello en consideración alguna el valor de los restos. Lo que el motivo propugna no es el reparo de una incongruencia, sino que, a partir de la supuesta improcedencia de la indemnización, se reduzca en el valor de los restos, lo que hubo de alegarse por otro número del artículo 1.692.

El motivo primero, al amparo del número 1.º (antiguo) del artículo 1.692, denuncia la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario, significado en no haberse demandado a Alberto A. C., conductor y propietario del turismo que precedía al siniestrado y contra el cual golpeó lateralmente, antes de chocar frontalmente con este último. Debe ser apresuradamente desestimado este motivo, ya que el litisconsorcio necesario obedece a la necesidad de que se llame al juicio a todas las personas interesadas en la relación jurídica controvertida y que pudieran resultar afectadas por los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones que constituyen el objeto del juicio. El turismo conducido por su propietario Alberto reportó, al parecer, daños en el lateral izquierdo; pero ello no significa que el perjudicado por tales daños haya de ser necesariamente demandado por los demás perjudicados, y más bien carece enteramente de sentido, habida cuenta de su inculpabilidad manifiesta.

Menos consistencia, si cabe, ofrece el motivo 2.º, en que se alega la infracción del número 5.º del artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hoy derogado todo el artículo; en cuyo número se exceptuaba del acto de conciliación los juicios que se promoviesen contra personas desconocidas e inciertas. La demanda de que el juicio dimanase se dirigió contra la aseguradora recurrente y los padres del conductor del turismo que efectuó la colisión y no se alcanza el sentido de la infracción que se aduce en este motivo segundo, que debe perecer al igual que el tercero y con él todo el recurso. Dicho motivo tercero, en efecto, alega la infracción de la excepción dilatoria cuarta del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «en relación con los artículos 661, 807, 935, 936 y concordantes». Ciertamente un motivo así articulado vulnera el artículo 1.720 (antiguo) de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no debió superar el trámite de la admisión por incidir en la causa de inadmisión y ahora de desestimación, cuatro del artículo 1.729 (antiguo), ya que no cita con precisión y claridad las leyes que reputa infringidas. De otra parte, el artículo 533 como el 460 son de naturaleza procesal y su cita no podía servir para fundamentar un recurso de casación por infracción de ley. Final y decisivamente, lo que en concreto se alega con ambos motivos es la falta de constancia de la condición de herederos del conductor del turismo de la matrícula M ... de que adolecen los demandados padres del mismo, Rufino P. S. y Sabina M. I.; pero la aseguradora no tiene legitimación para salir en defensa de intereses que le son ajenos, debiendo limitarse a satisfacer la indemnización que adeuda desde la ya remota fecha del siniestro, más los intereses devengados conforme al artículo 921 bis y ahora párrafos 4.º y 5.º del actual artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

RICARDO DE ANGEL

RECURSO DE REVISION: DOCUMENTO RECOBRADO (NO EXISTE EN ESTE CASO) (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 Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la Sala.—Dictada Sentencia por este Tribunal en 22 de septiembre de 1983 en el recurso número 703/1981, que desestimó el interpuesto contra la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona de 20 de marzo de 1981, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de dicha capital, que había declarado caducada por falta de uso durante cinco años consecutivos la marca número 106.863, «I.», propiedad de la Sociedad recurrente, contra aquella sentencia se produce el presente recurso extraordinario de revisión en el que con fundamento en el número 1 del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se postula su estimación «rescindiéndose en todo la sentencia impugnada por carecer la Sociedad Anónima «R. P. E.» de la correspondiente legitimación activa para instar la declaración de caducidad de la marca número 106.863, «I.», al haberle sido definitivamente denegada la marca por la misma solicitada número 859.102, «100 I.».

Dejando aparte el tema nada desdeñable de la extemporaneidad de la revisión de la sentencia dicha, a la vista del término «descubrir» que la norma legal invocada —art. 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— emplea para señalar el comienzo del plazo para recurrir en revisión, cuanto entre la fecha de conocimiento del documento que, a los fines revisorios, se dice recobrado —art. 1.796, 1.º, de la Ley Procesal Civil— y la de la demanda de revisión, han transcurrido más de los tres meses previstos en aquel artículo 1.798 de la misma Ley y dando de lado también, a las no menos importantes consideraciones de si puede ser tenido como documento «recobrado», según la expresión de este otro artículo 1.796, 1.º, de la propia Ley, la Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia de Madrid de 5 de octubre de 1983 de cuya notificación o de cuya firmeza quiere deducir el recurrente, con notoria impropiedad, aquel recobramiento que la norma legal demanda para fundar la revisión y aun sin detener el razonamiento en la exigencia, aquí por ninguna parte apreciable, de que la sentencia que en el sentir del actor constituye el «documento recobrado» fundamental para la revisión, ha de haber sufrido detención por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se dictó la resolución en trance revisorio —que aquí por cierto habría de ser la de aquélla— y aunque, abundando en la tolerancia, se olvide, con el más amplio criterio *pro-actione*, que la normativa que gobierna el recurso de revisión, en cuanto este recurso extraordinario supone una derogación del principio de irrevocabilidad de las sentencias que han ganado firmeza, ha de ser restrictivamente aplicada, lo que, en este caso, sería suficiente para cerrar, sin más, el camino a la acción revisoria que, planteada con tan manifiestas omisiones y contradicciones, pretende traer a examen solapada e improcedentemente (Sentencias de 6 de abril y 18 de mayo de 1967) las mismas

cuestiones ya ampliamente planteadas, discutidas y resueltas en el anterior juicio, esto es, aunque se pudiesen soslayar, en suma, la falta de tantos requisitos inexcusablemente habilitantes para la revisión postulada, es inocultable que la cuestión de fondo subyacente al pretender la anulación de la Sentencia de este Tribunal de 22 de septiembre de 1983 «por carecer la Sociedad Anónima «R. P. E.» de la correspondiente legitimación activa para instar la declaración de caducidad de la marca número 106.863 «I.» al haberle sido definitivamente denegada la marca, por la misma solicitada número 859.102 «100 I.» da por bueno que la aptitud para actuar dentro de un determinado proceso permitiendo que la pretensión procesal sea examinada en cuanto al fondo, aptitud o condición que, referida al demandante, constituye la legitimación activa imprescindible para que una demanda sea propuesta por cierta persona, ha de darse invariablemente, según el recurrente, a todo lo largo del proceso y no sólo en el momento en que el actor solicita el comienzo de él, formulando, ordinariamente a la vez, la pretensión que va a constituir su objeto, tesis de permanencia e invariabilidad abiertamente rechazable y, con ella, el recurso tan incorrecta como tenazmente defendido, ya que otra cosa supondría ignorar que el efecto jurídico procesal típico de todo proceso, designado genéricamente como litispedencia, comporta, entre sus características, a la vez que la definitiva competencia por el Juez que la tiene en el momento en que la demanda se formula —*perpetuatio iurisdictionis*—, aunque después sufran alteración los hechos que la determinaron, el mantenimiento, asimismo, respecto de las partes, de los caracteres que fijaron su legitimación al tiempo de interponerse la demanda según un principio que, por similitud con aquél u otro, la doctrina más calificada ha llamado *perpetuatis legitimationis*.

RICARDO DE ANGEL

RECURSO DE REVISION. TESTIGOS PRESUNTAMENTE MENDACES
(SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE 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 Mariano Martín Granizo.

Doctrina de la Sala.—Como consecuencia de Sentencia dictada en apelación por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander el 29 de diciembre de 1983, resolución revocatoria de la que pronuncia en juicio verbal el Juzgado de Distrito número 2 de la misma ciudad, el 29 de noviembre de dicho año, en autos número 430/1985, seguidos por don Hipólito D. S. contra don Agustín V. G., sobre desahucio por conclusión de contrato de arrendamiento, el citado demandado acude ante esta Sala interesando la revisión de la referida sentencia.

Son hechos básicos para la resolución de esta revisión, los siguientes:
A) En el citado juicio verbal se propuso por el actor señor D. S. prueba testifical, presentándose en tiempo y forma relación de testigos e interro-

gatorio de preguntas, formulando el demandado repreguntas, entre las que aparecían las relativas a la amistad de los deponentes con el actor, lo que no fue negado por alguno de los testigos, bien que con la complementaria indicación de que su deseo era que ganara quien tuviere razón. Referidas declaraciones se prestaron a presencia del Procurador de la parte demandada, como aparece en el acta levantada el 6 de septiembre de 1983. B) La sentencia dictada en apelación revoca la de primera instancia y aparece fue leída y publicada el siguiente día. C) Por providencia del Juzgado de Distrito que falló en primera instancia, de fecha 31 de julio de 1984, se acuerda la notificación de dicha resolución a los interesados, lo cual tiene lugar ese mismo día. D) La revisión se funda en la denuncia de «un fraude o maquinación fraudulenta, de unos testigos mendaces, en sus declaraciones y actuaciones, en medios reñidos no solamente con la ley, sino con las más elementales normas éticas», y se integra en el número 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La presente revisión resulta de imposible estimación: 1.º Por haber sido formulada fuera de plazo, en cuanto a través de los presupuestos que se han señalado en el precedente fundamento, habiendo asistido al interrogatorio de los testigos que se dicen «mendaces» el Procurador del aquí actor sin que se hubiere tachado a ninguno de ellos, y, además, conociendo cuando menos desde el momento de sus declaraciones, o sea, el día 6 de septiembre de 1983, el contenido de las mismas, y, desde luego, el de la sentencia a partir de su notificación el 31 de julio de 1984, es evidente que el plazo de tres meses fijado en el artículo 1.798 de la Ley de Ritos había transcurrido con exceso. 2.º Porque, además, el apoyo legal que sirve de base a la pretensión de quien pretende la revisión, esto es, el número 4.º del artículo 1.796 de la Ley Rituaria, no es aquí la aplicación, en cuanto «mendaces» o no, el ataque a la sentencia aquí impugnada se centra en las declaraciones de unos testigos, lo que proyecta la cuestión sobre el número 3.º del citado precepto, como muy bien dice el Ministerio Fiscal, y siendo doctrina de esta Sala que en materia de revisión las interpretaciones han de ser estrictas, el indicado defecto formal es suficiente por sí solo para la desestimación de lo solicitado. 3.º Pero es que además, y cual tiene también indicado el Fiscal en su informe, quien aquí acude en impugnación en ningún momento ha intentado tachar a los testigos ni ha pretendido denunciarlos por vía del falso testimonio, salvo que con maniobra que bien puede merecer el calificativo de fraude procesal intenta aquí soslayar el revisionista fundamentado la revisión en el número 4.º en lugar del 3.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo cual, como queda ya indicado, no puede ser admitido.

RICARDO DE ANGEL

RECURSO DE REVISION: INTENTO DE OCULTAR A LOS DEMANDADOS LA EXISTENCIA DE LA DEMANDA (NO CONCURRE) (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE 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.—Postulada la revisión de la Sentencia dictada, en juicio de mayor cuantía, el 7 de julio de 1983, por el Juzgado de Primera Instancia número 11 de los de Barcelona, argumentando el actor, al hilo del número 4 del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo amparo es ejercitada la acción revisora, que, a aquella resolución, se llegó por el órgano jurisdiccional en un proceso en el que el demandante, observando formalmente las disposiciones legales, eludió, intencionadamente, la posibilidad de que los representantes de la sociedad demandada tuviesen conocimiento de la existencia del pleito, con lo que esta entidad mercantil quedó en la indefensión que tal maquinación comporta, la tesis sustentadora así escuetamente expuesta se revela inviable una vez patente que la demanda, iniciadora del proceso en el que recayó la sentencia aquí impugnada, se notificó en legal forma en el preciso domicilio que, según el Registro Mercantil correspondiente, era el de la Sociedad Anónima demandada, en la fecha 26 y 28 de abril de 1982, en que la diligencia de emplazamiento tuvo lugar, domicilio en el que, por otra parte, había sido citada de conciliación, sólo unos días antes, la propia mercantil cuyo representante compareció en el acto conciliatorio celebrado el 23 de abril de 1982, evidenciando, así, la eficacia práctica de la citación hecha en el mismo domicilio legal en que, a las pocas fechas, se hizo el emplazamiento cuya ignorancia se argumenta, sin demostración fiable no sólo de que tal citación y emplazamiento no llegasen a su poder, sino cayendo en la misma falta de acreditamiento su afirmación de que otro emplazamiento, a instancia del demandante, en el nuevo domicilio de la mercantil, con constancia registral desde el 4 de mayo de 1982, tampoco le llegase por haber tenido lugar, dice, en escalera distinta —la C en lugar de la B—, afirmación esta que ha quedado, en la fase probatoria, igualmente huérfana de toda prueba y, con ello, en situación de improsperabilidad la indefensión que proclama, pretendiendo la revisión de una sentencia firme que, en modo alguno, ha probado fuese ganada en virtud de la maquinación fraudulenta que puntualiza el número 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que obliga, de conformidad con el Ministerio Fiscal, a desestimar el recurso interpuesto con el efecto, en cuanto a costas, y pérdida del depósito constituido, que establece el artículo 1.809 de la misma Ley Procesal.

RICARDO DE ANGEL

e) SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

TITULOS NOBILIARIOS. POSESION INMEMORIAL. Ley 41 de Toro
(SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1987).

- * Admite la prescripción adquisitiva del título nobiliario poseído durante más de cuarenta años, conforme a la Ley 41 de Toro.

Nota.—Es de advertir que las Leyes de Toro se aplican sólo a los títulos nobiliarios del Reino de Castilla, pero no a los aragoneses, que se rigen por las normas de su Derecho especial, entre ellas el Fuero VI del Libro VII del Código de Huesca de 1247, que admite la prescripción de treinta años y un día.

F. C. L.

TESTAMENTO MANCOMUNADO ARAGONES.—USUFRUCTO UNIVERSAL DE VIUDEDAD (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1986).

Los fundamentos de esta sentencia, que aplica el derogado Apéndice foral, son los que se transcriben a continuación, de los que resulta la cuestión litigiosa.

Fundamentos de Derecho.—1.º El presente recurso de casación hace referencia al procedimiento instado para obtener, sustancialmente, la nulidad de escrituras de compraventa y donación efectuadas por la madre de uno de los hijos, estando aquélla vinculada por el testamento mancomunado de 27 de septiembre de 1951, otorgado con su esposo y padre de las partes litigantes, habiendo fallecido este último el 11 de enero de 1953, por lo que es de aplicación, como así lo han entendido los contendientes y las sentencias recaídas en ambas instancias, el apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón de 7 de diciembre de 1925, en atención a lo dispuesto en la disposición transitoria sexta de la Compilación de Derecho Civil de Aragón aprobada por Ley 15/1967, de 8 de abril; y las consecuencias económico-jurídicas derivadas de tales nulidades en orden a la posesión de las fincas y los frutos percibidos por los demandados hoy recurrentes y cancelación de inscripciones registrales obtenidas en virtud de las escrituras en cuestión y otras de carácter accesorio igualmente consecuentes a las nulidades referidas.

2.º El primer motivo, con sede en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la LEC, denuncia la aplicación indebida del artículo 19 en sus párrafos 2.º y 3.º del Apéndice Foral de Aragón de 7 de diciembre de 1925 y la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia 23 octubre 1964). El motivo va encaminado a patentizar que los únicos bienes objeto del usufructo viudal establecido recíprocamente entre los esposos al otorgar el testamento mancomunado en cuestión, eran de naturaleza inmueble y conse-

cuentemente dicho usufructo es coincidente con el señalado en el artículo 63 de dicho texto foral que al tener carácter legal, es decir, venir impuesto por ministerio de la ley, no comportaba liberalidad de ningún tipo a favor del cónyuge supérstite, madre de los litigantes, vendedora y donante de los bienes cuestionados, por lo que no venía la viuda constreñida en sus disposiciones dominicales por lo dispuesto en el artículo 19, 2.ª y 3.ª, cuya infracción se acusa y el motivo así razonado no puede prosperar, por cuanto viene a hacer supuesto de la cuestión el de que se está en presencia de este usufructo legal, cuando precisamente la sentencia recurrida afirma textualmente «que los cónyuges, causantes de los litigantes, el 27 de septiembre de 1951 otorgaron testamento mancomunado en el que se concedieron recíprocamente el derecho de viudedad universal incluso de los bienes muebles con relevación de inventario y fianza...», estimando a continuación que ello supone una liberalidad o beneficio para el cónyuge superviviente, sin que conste la renuncia al mismo en el caso presente y sin que se haya liquidado previamente con definición clara y taxativa el caudal propio de cada cónyuge testador, razón por la que aplica correctamente la citada sentencia el precepto que se dice conculcado, dada la premisa sentada por la Sala de instancia, que permanece inalterable al no haber sido impugnada, ni por la vía del error de hecho del supuesto fáctico establecido, del artículo 1.692, 7.º, de la LEC, ni por el cauce del número 1 de dicho artículo y señalando el artículo 675 del Código Civil, como normal legal supuestamente infringida al interpretar la disposición testamentaria mancomunada, no siendo ocioso poner de relieve que el artículo 64 en relación con su precedente del Apéndice Foral a que nos referimos, ponen claramente de manifiesto la diferencia entre ese «usufructo legal» u *ope legis*, que aquí no se da y el «universal» que es el de autos, que implica y requiere una extensión a todos los bienes por la voluntad testadora concorde, que incluso puede ser tácita, como se apunta en el primer párrafo del artículo 64.

3.º El segundo motivo, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la LEC, estima la infracción del artículo 1.232, 1.º, del Código Civil, proyectando así error de Derecho en la apreciación de la prueba, en cuanto que no se da el valor preceptivo que de dicha norma se infiere a la absolución de las posiciones 19 y 20 absueltas por el acto recurrido, por lo que atañe a la aplicación de la presunción legal del artículo 48, 3.º, del Apéndice Foral, a las fincas reseñadas bajo los epígrafes *k)*, *l)*, *m)*, *n)*, *p)* y *r)*. El motivo viene condenado al fracaso, porque la absolución de las posiciones señaladas no se refiere explícitamente a las fincas descritas en tales epígrafes, sino que están contestadas en términos generales, estando por ello sujeta a la valoración de conjunto de todos los instrumentos de prueba obrantes en autos, como se expresa que así lo ha sido en el primer considerando de las sentencias de ambas instancias y sin que pueda prevalecer uno de ellos sobre los demás, resultando ineficaz en casación descomponer esa apreciación global del juzgador para impugnar aquellos elementos probatorios contrarios a la tesis del recurrente, pues así lo tiene establecido doctrinalmente esta Sala (Sentencias de 24 y 30 de abril y 28 de septiembre de 1981; 6 de octubre de 1982; 8 de abril, 13 de junio, 25 de junio y 11 de julio de 1983).

4.º El tercer motivo al amparo del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la LEC, es el que trae causa de su precedente y denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 48, 3.º, del Apéndice Foral, aplicación que es correcta dado el resultado fáctico propuesto por la sentencia impugnada que al permanecer incólume origina la decadencia del motivo al *hacer* supuesto de la cuestión. Ello aparte de que, aun cuando fueran bienes privativos de la madre de los litigantes, no podría modificar lo dispuesto en el testamento mancomunado a favor de dichos dos hijos, herederos por partes iguales, según cláusula 4.ª, sin haber cumplido los requisitos exigidos en el artículo 19, 2.º y 3.º, del Apéndice Foral y estudiados precedentemente.

5.º El cuarto motivo, residenciado en el número 1.º del artículo 1.692 de la LEC, señala la infracción por falta de aplicación de los artículos 1.278, en relación con los artículos 1.254, 1.258 y 1.091 del Código Civil, cuyos razonamientos se refieren a las fincas epigrafiadas j) y q), donadas en 6 de febrero de 1976, lo que no puede prosperar: A) Porque como dice correctamente la Sentencia de primera instancia, confirmada por la de apelación, tales bienes, aun siendo gananciales, no privativos, estaban sujetos a la falta de disponibilidad del artículo 19, 2.º y 3.º, del Apéndice Foral, según se razonó en el fundamento jurídico 2.º; y B) porque si, según constata el motivo, la madre viuda al hacer la donación tenía pleno poder de disposición otorgado por ambos hijos a fin de que pudiera venderlos para con su precio poder atender a la reparación de la casa familiar del epígrafe a), es evidente que tal condición no se cumplía donándolas a su hijo Modesto, cuando éste no procedió a la reparación de dicho inmueble con su propio peculio, según señala el último considerando de la sentencia de segundo grado, no combatido tal extremo de hecho por la adecuada vía del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la LEC, por lo que tal afirmación permanece inalterable.

6.º El quinto motivo con sede en el número 1.º del artículo 1.692 de la LEC, que denuncia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 79, 3.º, de la LH en relación con el artículo 76 de la misma Ley, no puede tener éxito, dado que este aspecto registral es consecuencia de las nulidades proclamadas por la sentencia combatida, que, aunque impugnadas en su esencia civil en este recurso no han prosperado, por lo que la corrección hermenéutica de la Sala de instancia en su dispositivo cancelatorio es clara y corresponde a la ecuación realidad físico-jurídica con la legitimación registral.

7.º El sexto motivo por vía del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la LEC, denuncia la violación por no aplicación del artículo 1.303 en relación con los artículos 657 y 659 del Código Civil, que ha de estimarse porque estableciendo las sentencias de instancia la buena fe de los demandados en la posesión de las fincas cuya enajenación se declara, es evidente que por imperio del primer precepto señalado se corresponde a la entrega de la coposesión de las fincas objeto de compraventa al demandante, la devolución de la mitad del precio que figura en las escrituras por el actor al demandado, así como sus intereses y el abono de la mitad de los frutos percibidos por los recurrentes al actor recurrido desde el 9 de julio de 1979, fecha del acto de conciliación en que cesó, según las sentencias de instancia, la buena fe de los recurrentes.

8.º El séptimo motivo, por vía del número 1.º del artículo 1.692 de la LEC, denuncia la infracción del artículo 1.253 del Código Civil por aplicación indebida al entender que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta el documento de reconocimiento de deuda de 300.000 pesetas de la madre al hijo de 15 de julio de 1971. El motivo incide en error de cita del artículo 1.253 del Código Civil e incluso de la sede casacional en que se inscribe, pues el último considerando de la sentencia a que se alude por el recurrente no sólo no cita el precepto sustantivo que se dice violado, sino que lejos de hacer prueba de presunciones, lo que hace es una valoración de la documental y de la de confesión judicial del demandado, extrayendo esa conclusión fáctica que sólo hubiera podido ser combatida por el cauce del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la LEC, y al no incumplirse de esta suerte, ha de decaer el motivo.

9.º El octavo motivo, por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la LEC, acusa supuesto error de Derecho en la apreciación de la prueba al no conceder a la prueba documental (documento privado de 15 de julio de 1971, firmado por la madre de ambos litigantes reconociendo deuda de 300.000 pesetas al hoy recurrente) la eficacia del artículo 1.225 del Código Civil, que tampoco puede prosperar, dado que la conclusión a que se llega por la Sala de instancia, según se advierte en el fundamento jurídico anterior, es por apreciación de conjunto de distintos elementos de prueba, por lo que siendo aquí aplicable la doctrina de esta Sala expuesta en el fundamento 3.º, ha de obtenerse la misma consecuencia jurídica que allí se expresaba, siendo, además, incuestionable que ni aun las escrituras públicas dan fe de la certeza intrínseca de su contenido, como tiene señalado la doctrina jurisprudencial.

10. El noveno motivo, con sede casacional en el número 7.º del artículo 1.692 de la LEC, denuncia error de hecho, en orden a la premisa fáctica establecida en la sentencia recurrida que rechaza por improbada la cesión en aparcería o terraje de la madre a su hijo Modesto, hoy recurrente, de todas las fincas de antes y a tal fin señala el documento de 15 de julio de 1971, ya reseñado, y una certificación de la Cámara Sindical Agraria Local de La Almolva (Zaragoza) que dice constatan el error en que incide la Sala *a quo*, pero ello ha de perecer ante la sola consideración de que no siendo literosuficientes en su contenido, no constituyen la prueba contundente en contra de las afirmaciones del juzgador, que es exigida por el artículo 1.692, 7.º, de la LEC y la jurisprudencia sobre el particular, tanto más cuanto que la premisa fáctica sentada por el juzgador de instancia (considerandos 30 y 31 de la Sentencia de primer grado y penúltimo de la de apelación) lo es virtud de una correcta valoración de prueba de conjunto y el motivo pretende, en forma casacionalmente incorrecta, preterir unos elementos probatorios por otros a los que da preferencia porque estima auspician su propia tesis en el recurso.

11. El mismo periclitamiento corresponde señalar al motivo décimo que por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la LEC señala error de Derecho en la apreciación de la prueba por no aplicación del artículo 1.232, 1.º, del Código Civil, al no dar el valor que le atribuye tal precepto, que estima conculcado, a la confesión judicial prestada por el actor recurrido, siendo lo cierto que aquí, aparte de ser aplicable la

doctrina señalada en el fundamento anterior en lo atinente a la supremacía de la apreciación global o de conjunto de todos los medios de prueba producidos en autos verificada por la Sala, ha de tenerse en cuenta que la forma de ser absuelta la posición 8.ª por el actor no puede conferir a la conclusión fáctica pretendida por el recurrente el valor que se deduce del artículo 1.232, 1.º, del Código Civil, sustantivo, ya que el artículo 1.233 del mismo texto legal proscribía la división del contexto confesado y además no se trata de hecho personal del confesante, lo que es condición indispensable para el valor que le atribuye el recurrente, pues así lo determina el artículo 1.231 del citado Código Civil.

12. Los motivos decimoprimer, decimosegundo y decimotercero, que discurren por el cauce del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la LEC, denuncian la infracción por aplicación indebida del artículo 1.947 en relación con el 1.945 del Código Civil y doctrina de esta Sala cuyas sentencias cita, el primer; el segundo, violación por no aplicación del artículo 348, primer párrafo, del mismo Código sustantivo, y el tercero, la violación por no aplicación de los artículos 1.579 y 1.543 del referido texto legal. Pues bien, los tres motivos, dirigidos a desvirtuar la disposición de las sentencias de instancia en orden a la devolución de los frutos por la nulidad declarada de las escrituras de compraventa y donación de las fincas de los padres de los litigantes, por estimar la existencia de una aparcería concedida por la madre al recurrente, es improsperable: A) Porque incide en contradicción la tesis ofrecida en el recurso, puesto que no se puede ser aparcerero de fincas que se ostentan con carácter de dueño, si es que prevalecen las citadas transmisiones, onerosas unas y gratuitas otras, en que se apoya la parte recurrente; y B) que los tres motivos hacen supuesto de la cuestión, puesto que ni fue aparcerero, ni fue dueño por transmisión de su madre, ni como comprador ni como donatario de las fincas de antes, según declara la sentencia recurrida, cuya declaración fáctica permanece incólume, por lo que la correcta aplicación del ordenamiento jurídico ha de hacerse con vistas de tal premisa, como así lo ha hecho la Sala juzgadora.

F. C. L

CAPITULACIONES MATRIMONIALES NAVARRAS.—LEGADO.—CONCENTRACION PARCELARIA.—SUBROGACION REAL. *Leyes 241, 242, 243 y 252 del Fuero Nuevo de Navarra. Artículo 869 del Código Civil* (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1986).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelada contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de

Pamplona, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Estella, confirmando en su segunda sentencia la de este último, conforme a los siguientes fundamentos, de los que se desprenden los hechos motivadores del litigio.

1. Para un adecuado enjuiciamiento del presente recurso de casación, ocurre anteponer al examen de sus motivos las siguientes precisiones: A) En capitulaciones matrimoniales otorgadas el 12 de septiembre de 1979 por J. E. L., viuda de B. I. M., y A. I. E., de una parte, y de la otra, R. I. e I. y su cónyuge V. I. H. y la hija de ambos N. I. I., se expone que B. I. M. estuvo casado en primeras nupcias con L. E. L., de cuyo matrimonio queda una hija, J. I. E., la cual está pagada de sus derechos sucesorios paterno y materno; falleciendo B. I. M. el 1 de septiembre de 1954 en estado casado en segundas nupcias con la otorgante J. E. L., y también que mediante testamento de 12 de diciembre de 1940 se instituyeron recíprocamente herederos en pleno dominio, bajo cuyo testamento falleció B., dejando cuatro hijos, a saber el otorgante A. y M. J. y C. I. E. En dicha escritura de capitulaciones matrimoniales de 12 de septiembre de 1959 la otorgante J., en atención al matrimonio contraído el 2 de mayo de aquel año 1959 por su hijo el también otorgante A., hizo a su favor donación universal de bienes presentes y futuros, desde la propiedad de ellos desde que el matrimonio se celebró hasta el usufructo desde que falleciese la donante; haciéndolo bajo, entre otras normas que ahora no importan, la de que J. se reserva para disponer libremente por toda clase de actos y contratos entre vivos o por causa de muerte, las fincas que se describen bajo los números que se expresan y la propiedad privativa y exclusiva con el derecho conjunto de copropiedad en los demás elementos comunes del edificio para su adecuado uso y disfrute, del piso primero de la casa que se describe con el número 1. Se previene, además, que «las fincas o parte de ellas de que la donante no disponga, quedarán en beneficio de don A. al fallecimiento de su madre». B) J. E. L. falleció bajo testamento abierto otorgado notarialmente el 2 de noviembre de 1961, en el cual y luego de hacer referencia a las fincas materia de la reserva hecha en la escritura de capitulaciones matrimoniales de 12 de septiembre de 1959, que se transcribe, otorga, haciendo uso de la facultad de disposición que se reservó, legado en pleno dominio, a su hija M., en usufructo vitalicio y a su hija C. en nuda propiedad, «la pieza en San Pelayo, de 20 robadas, descrita bajo el número 1 en la cláusula 3.ª; a su hija J., en usufructo vitalicio y a su hija C. en nuda propiedad, la pieza de San Justo, de 16 robadas y 6 almutadas, descrita con el número 4; y a su hija C. el pleno dominio de las fincas descritas con los números 2, 3 y del 5 al 13, ambos inclusive, y el piso descrito bajo el número 14, con el derecho conjunto de copropiedad. Ratifica la donación universal de bienes presentes y futuros que hizo en favor de A. C) Mediante codicilo, el 30 de julio de 1964, la testadora J. E. L. modificó el testamento de 2 de noviembre de 1961, legando todas las fincas mencionadas a su hija C., dejándolo subsistente en todo lo demás. E) Estando inscritas las fincas legadas en favor de A. y en méritos de las capitulaciones matrimoniales de 12 de septiembre de 1959, sobrevino la Concentración Parcelaria del término municipal de Legaria,

en que asientan (fuera del piso) todas las fincas objeto de la reserva y legado circunstanciados, habiéndose aprobado la reorganización de las fincas por la Dirección General del Servicio de Concentración Parcelaria el 21 de noviembre de 1969, autorizándose acta de protocolización de 21 de enero de 1970, que causó inscripción de la finca de reemplazo en favor de A. el 10 de octubre de 1970. F) El 22 de octubre de 1978 falleció J. E. L. G) Es objeto del juicio declarativo de mayor cuantía de que el presente recuso de casación dimana se declare que C. ostenta el derecho a que su hermano A. le entregue el legado ordenado por su madre, incluidas las fincas rústicas sujetas a la Concentración Parcelaria; que se le condene a entregar y poner a su disposición dichas fincas rústicas y, subsidiariamente y en el caso de no ser materialmente posible la entrega de las mismas fincas, a la entrega de las de reemplazo, equivalentes en situación, calidad y valor a las que fueron objeto del legado, que se determinarán en ejecución de sentencia; condenándose a A. a otorgar la correspondiente escritura y el importe de los frutos y productos de los bienes integrantes del legado, desde la fecha del fallecimiento de la causante; declarándose, en fin, la nulidad y disponiendo la cancelación de las inscripciones registrales producidas a favor del demandado en el Registro de la Propiedad. La Sentencia del Juzgado estima parcialmente la demanda y, en cuanto a las fincas concentradas, condena a A. «a que entregue las de reemplazo, cuyas circunstancias y concreción se realizarán en ejecución de sentencia por el IRYDA y ello con entrega de los frutos y rentas de tales bienes o fincas desde la fecha de la primera reclamación de las mismas al demandado, que se determinará en ejecución de sentencia o en su defecto desde el día 15 de octubre de 1981, fecha del acto de conciliación»; declarándose la nulidad y disponiéndose la cancelación de las inscripciones registrales en favor de A. en cuanto contradigan lo dispuesto. La Audiencia, por su parte y en recurso de apelación interpuesto por A., revoca la del Juzgado y reduce la condena a la entrega del piso, rechazando el resto de las peticiones.

2. El presente recuso de casación, interpuesto por la actora contra la Sentencia de la Audiencia con anterioridad a la reforma del régimen de casación operada en 1984 y, por tanto, ateniéndose al antiguo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se articula con seis motivos, amparándose el primero en el número 7.º y los cinco restantes en el 1.º de dicho artículo. El motivo primero atribuye a la Sentencia de la Audiencia error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documento auténtico; señalando como tal el testamento de 2 de noviembre de 1961 y el codicilo de 30 de julio de 1964. El motivo primero debe ser desestimado obviamente, pues, como dice la Audiencia (considerando segundo) «no hay discordancia» sobre los hechos y «sólo se discuten sus consecuencias jurídicas» (considerando primero). Los documentos citados, por otra parte, son documentos ya tenidos en cuenta por el juzgador de la instancia, con lo cual decaen del pretendido carácter de auténticos que les atribuye el recuso. No existe duda alguna sobre la existencia y los términos de dichos instrumentos, y en ellos se hallan de acuerdo ambas partes litigantes, cuya discordia se despliega en punto a su eficacia, una vez efectuada la Concentración Parcelaria, respecto de las fincas rústicas objeto de la reserva en las capitulaciones y del legado hecho en las

disposiciones de última voluntad, con lo cual pierde la cuestión toda la sustancia fáctica que es la propia del error de hecho en la apreciación de la prueba y ha de pasarse, sin más, al examen de los motivos por infracción de ley.

3. Los cinco motivos amparados en el número 1.º del artículo 1.692, antiguo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil deben ser examinados conjuntamente, ya que, bien que desde ópticas diversas, se mantiene la vigencia y operabilidad del legado en favor de la recurrente de las fincas rústicas concentradas, señalándose a ese propósito la infracción de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil (motivo segundo), pues (dice este motivo) no puede presumirse que existiese voluntad de la madre de revocar la donación por no haber intervenido en la Concentración Parcelaria; denunciándose (motivos tercero y sexto) infracción por no aplicación de las Leyes 241, 242, 243 y 252 del Fuero Nuevo de Navarra y del artículo 869 del Código Civil, al no haberse dado la eficacia debida al legado; señalándose en los otros dos (cuarto y quinto) la vulneración de diversos preceptos de la Ley de Concentración Parcelaria, Texto refundido de 8 de noviembre de 1962, incorporada ahora al nuevamente refundido, de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero, y, concretamente, aparte otros, el artículo 67 de la primera y 232 de la segunda; siendo esta la materia que debe ser estudiada.

4. El fundamento del fallo desestimatorio se halla ante todo en afirmar la desaparición de las fincas rústicas legadas, lo que extinguiría el legado conforme a la Ley 253 del Fuero de Navarra, y al artículo 869 del Código Civil. A juicio de la Audiencia no subsisten las fincas legadas en la finca resultante de las operaciones de la Concentración Parcelaria por haberse formado la dicha finca de reemplazo con las mismas y con otras de la indudable propiedad de A. La Concentración Parcelaria «produce una subrogación real y dineraria o equivalencia económica, es decir, sustitución o reemplazo del objeto del derecho real por un *id quod interest* en valor concretos fundiarios o abstractos monetarios» (considerando segundo, al final); aclarándose más adelante (considerando cuarto) «que la finca adjudicada no supone una permuta con las legadas, pues figuran en la Concentración otras cuya disposición no fue reservada, sino una subrogación de otra por aquellas que no pueden ser identificadas y que hay que tenerlas por inexistentes». El otro fundamento se halla en atribuir a la madre «un cambio de voluntad en cuanto a la disposición» de las fincas cuestionadas, ello a partir de que «no puede afirmarse que la testadora, madre de los litigantes, desconociera el expediente» de Concentración, lo cual, según la Audiencia, «le obligaba (a la madre) a una declaración expresa de sustitución del legado por el equivalente en la finca adjudicada al hijo, y al no hacerlo así es indudable que, al menos implícitamente, se producía un cambio de voluntad en cuanto a la disposición», ya que «las fincas legadas no existían al momento del fallecimiento de la testadora», y «máxime si se tiene en cuenta que en la escritura de protocolización se adjudica la finca resultante al demandado que tiene inscrito su dominio desde 1969, hecho que no podía desconocer la madre, que convivió con él hasta su fallecimiento en 1978».

5. Expresada la voluntad *mortis causa* en testamento válido, no puede quedar la misma sin efecto como no hayan sobrevenido, o la revocación

de éste en forma expresa y legal o el otorgamiento de otro testamento de contenido incompatible o contrario al del antecedente o si se da el caso de la revocación llamada real consistente en la destrucción intencionada del testamento hecha por el propio testador. La última voluntad no afectada por alguna de esas modalidades de ineficacia sobrevenida, perdura fuera de ellas en cuanto tal expresión de última voluntad: cuestión distinguible de las de si su cumplimiento ha devenido imposible y de la manera como haya de dársele la siempre debida, en lo posible, efectividad. Por tanto, en el caso no se puede asumir el aserto de que la madre, que había expresado su voluntad *mortis causa* en el testamento de 1961 y codicilo de 1964, produjese un cambio de su última voluntad implícito en el conocimiento que se le atribuye con la base de la índole pública de las operaciones concentracionarias y la inscripción de la finca de reemplazo en el Registro de la Propiedad en favor de A., sin contradicción de la misma, amén de su personal convivencia con éste hasta fallecer en 1978. Desde otra perspectiva, debe notarse que el cuestionado legado reposa sobre la reserva para disponer libremente por toda clase de actos y contratos entre vivos o por causa de muerte de las fincas objeto de dicho legado, comprendidas en la general donación *propter nuptias* hechas en favor de A. en las capitulaciones matrimoniales de éste y que contiene una institución de heredero universal en su favor hecho contractualmente; pero esta era, respecto de dichas fincas reservadas, para sólo el caso condicionante de que la donante no hubiere dispuesto de ellas, en cuyo caso de no disposición quedarían, como las que se hallaban fuera de la reserva, en beneficio de A., muerta la madre. Producido el caso contrario, de positiva existencia de disposición, el desconocerla en su eficacia negándola al legado de las fincas reservadas, equivaldría a despojar a la madre causante de ambos litigantes del derecho de propiedad, retenido al menos en cuanto al *ius disponendi* o facultad de disponer, de las fincas reservadas. Por todo lo aquí razonado, pues, el punto de partida para el adecuado enjuiciamiento del caso es la afirmación de que la madre falleció, dejando vigente el legado ordenado en su testamento y codicilo.

6. El segundo punto, o sea, el de la desaparición de las primitivas fincas objeto de la reserva y del legado en opción con la afirmación de que subsisten de alguna manera en las fincas de reemplazo, debe ser examinado en presencia del principio de que la Concentración Parcelaria aspira a dar satisfacción a la finalidad social, lo que es propio de todo ordenamiento de reforma, dejando inalterado, en lo posible, respetando la equidad y la autonomía privada, el Estado de Derecho preexistente y en el cual se incide sólo en aquella medida que resulta estrictamente precisa para lograr la finalidad social. Deben, por ello, permanecer inalterados los elementos subjetivos siempre que se logre no obstante ello la reforma estructural de la propiedad rústica, que es el fin que se busca. A ello obedece el que la parcela de reemplazo sea el objeto en que reaparecen los derechos de dominio y los demás derechos reales y situaciones jurídicas que tuvieron por base las parcelas sujetas a concentración y que, según enfáticamente se asegura, pasarán a recaer, inalteradas, sobre aquella parcela de reemplazo; lo que la Ley de 1962 calificaba de «subrogación real» y que pudiera también denominarse,

según se ha propuesto por un sector de la doctrina, «conversión legal» caracterizada por la inmutabilidad del elemento subjetivo. El artículo 65 de la Ley de Concentración Parcelaria, Texto refundido aprobado por Decreto 2799/1962, de 8 de noviembre, perdura en el 230 del texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero, y trae causa de otras disposiciones antecedentes: artículo 5.º de la Ley de Concentración Parcelaria de 20 de diciembre de 1952 y 3.º del Texto refundido de 10 de agosto de 1955, y el 67 de la misma Ley de 1962, que es ahora el 232 del Texto refundido de 1973, reproduce el artículo 15 de la Ley 3/1962, de 14 de abril, por la que se rectifica y complementa la legislación vigente a la sazón en la materia. Desde sus orígenes, muy anteriores a las operaciones concentracionarias que han motivado el juicio de que el presente recurso dimana, se halla dispuesto que el dominio y los demás derechos reales y situaciones jurídicas que tengan por base las parcelas sujetas a concentración pasarán a recaer inalterados sobre las fincas de reemplazo (párrafo primero del 65), determinándose las fincas o porciones segregadas de ellas sobre las que recaerán los derechos o situaciones y siquiera éstas hayan de reconocerse por el orden jurisdiccional civil (62, 1), pero la determinación de aquellas fincas o porciones segregadas de ellas sobre las que recaerán, corresponde al IRYDA (62, 3, modificado por el 232, 3, y acaso por el Real Decreto 2654/1985, de 18 de diciembre, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Foral de Navarra en materia de agricultura, ganadería y montes). Parece inexcusable, por lo razonado, que la situación jurídica definida por la existencia del legado subsistente al tiempo del fallecimiento de la madre, sea ahora reconocida por la presente sentencia y que, en trámite de ejecución de la misma, la Administración competente determine cómo habrá de hacerse efectiva dicha situación, que es, sustancialmente, lo fallado por el Juzgado y que debe restablecerse.

7. Las costas deberán satisfacerse por cada parte las causadas a su instancia más la mitad de las comunes.

COMENTARIO.—La cuestión fundamental decidida en esta sentencia es la de si la desaparición de la finca legada en virtud de la Concentración Parcelaria y su sustitución por otra u otras (las llamadas fincas de reemplazo), produce o no la extinción del legado consistente en la finca aportada a la concentración por alguna de las causas señaladas en el artículo 869 del Código Civil o si, por el contrario, subsiste el legado, si bien la finca primitivamente legada y aportada a concentración es sustituida por la equivalente de reemplazo o la participación indivisa en la que, en su caso, corresponda, pues sabido es que como la Concentración Parcelaria se propone evitar el minifundio hay casos en los que en sustitución de las fincas aportadas se crean situaciones de copropiedad respecto a fincas de mayor superficie o características superiores (v. gr.: de secano por regadío en todo o parte). El Tribunal Supremo se decide, lo mismo que el Juzgado, por la subsistencia del legado, entendiendo que actúa el principio de subrogación real. Evidentemente, parece ser la solución correcta, máxime teniendo en cuenta que no resultan aplicables ninguno de los supuestos del artículo 869 del Código Civil: los dos primeros,

porque presuponen un acto voluntario del testador y la Concentración Parcelaria actúa incluso sin o contra la voluntad del afectado por la misma; y el último, porque no se puede hablar de «perecimiento de la cosa legada», ya que los inmuebles tales como las tierras no «perecen» físicamente.

F. C. L.

INSTITUCION DE HEREDERO. CAPACIDAD PARA SUCEDER. ASOCIACION DE HECHO. CARGA MODAL. Artículos 38, párrafo 2.º; 745, número 2.º, y 746 del Código Civil; 4.º, apartado 2, del Concordato de 27 de agosto de 1953 y 2.º del Decreto de 12 de marzo de 1959 (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Santa Cruz de Tenerife, sentencia esta última que confirma íntegramente el Tribunal Supremo.

Los fundamentos del fallo son los siguientes:

1. En la demanda origen de la litis traída a casación don R. A. B., demandante, suplica se declare: «a) La nulidad de la institución de herederos, en nuda propiedad, a favor de la Cofradía de la Virgen de Guadalupe, Patrona de San Sebastián de la Gomera, contenida en los testamentos otorgados por don A. B. M. los días 28 y 31 de marzo de 1976, por incapacidad de tal Cofradía al carecer de personalidad jurídica. b) Que el demandante es el único heredero del citado don A., al que debe suceder en todos sus bienes, derechos y acciones, en nuda propiedad, al quedar subsistentes los testamentos en cuanto a los legados en usufructo vitalicio», que se hicieron en favor de los servidores del testador. El Juez de primera instancia desestimó la demanda por entender esencialmente que la Cofradía instituida heredera era al menos una asociación de hecho con existencia real al fallecer el testador en 22 de abril de 1976 y porque el demandante no asume la carga modal impuesta por el testador de destinar íntegramente los bienes relictos a la construcción de un Santuario a la Virgen de Guadalupe. La sentencia recurrida dio lugar en su fallo al recurso de apelación y declaró «heredero al actor con la carga modal establecida en el testamento de A. B. M., anulándose la institución hecha a favor de la Cofradía de Nuestra Señora de Guadalupe al no existir civilmente en el momento de la defunción del testador». Se observa, por consiguiente, comparando el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia recurrida, que el actor pidió se le declarase heredero en nuda propiedad para suceder al causante en todos sus bienes, derechos y acciones; heredero, pues, universal, y, sin embargo, el fallo en cuestión le declara heredero con la carga modal establecida en el testamento, que se extendía a todos los bienes dejados en la herencia, sin especificar que sea en nuda propiedad, como se había pedido. Por otra parte, mientras el suplico se refiere a nulidad de la institución «por incapacidad»

del instituido heredero, el fallo recurrido anula la institución «por no existir civilmente» la Cofradía declarada heredera con la carga modal indicada. Hay, pues, entre suplico de la demanda y fallo una evidente discordancia que integra incongruencia de la sentencia por conceder cosa distinta de lo pedido, lo que implica una modificación cualitativa de la acción ejercitada: en lugar de heredero en nuda propiedad, la sentencia declara heredero universal puro y simple y sin especificar, como se pide en el suplico de la demanda, la subsistencia del legado de usufructo. No alude la incongruencia puesta de relieve, con infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el que en la segunda instancia, al parecer durante la vista de la apelación, se solicitase la declaración del actor como heredero modal, puesto que ello entrañó una alteración de lo pedido en la demanda, verificada fuera de la fase alegatoria y como tal ineficaz por extemporánea. Procede, por consiguiente, la estimación del motivo primero del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal en el que al amparo del número 2 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, anterior redacción, aplicable por razón de la fecha de preparación del recurso, alega la incongruencia de la sentencia con las pretensiones deducidas por el actor, así como hubiera procedido de no haber desistido oportunamente la estimación de los motivos primero y segundo del recurso interpuesto por la Cofradía Nuestra Señora de Guadalupe, en los que respectivamente se alegaba, al amparo de los números 2.º y 3.º del artículo 1.692 de la citada Ley Procesal, la incongruencia de la sentencia por violación del artículo 359 de la misma Ley.

2. Se discute en cada uno de los recursos (motivo tercero del recurso desistido de la Cofradía y segundo del Fiscal) la existencia de la entidad demandada denominada Cofradía de Nuestra Señora de Guadalupe de San Sebastián de la Gomera. Se alega en los dos, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, la infracción por interpretación errónea del artículo 38, párrafo 2, del Código Civil, en relación con el artículo IV, apartado 2, del Concordato de 27 de agosto de 1953, entre España y la Santa Sede, y el artículo 2.º del Decreto de 12 de marzo de 1959. También se alega la infracción por interpretación errónea del artículo 746 del Código Civil en el mismo motivo, y en el motivo cuarto de los propuestos por el Ministerio Fiscal se aduce la infracción por no aplicación de dicho precepto civil. Al respecto para resolver sobre estos motivos es de tener en cuenta que como hechos no discutidos se deduce de la sentencia de instancia: a) Por testamento otorgado en 31 de marzo de 1976 don A. B. G. legó a sus fieles sirvientes, que menciona, el usufructo universal vitalicio y sin fianza de todos los bienes relictos, e instituyó heredera universal en nuda propiedad de dichos bienes a la Cofradía recurrente, «pero con la inexcusable obligación de invertir la totalidad de la herencia en la construcción de un Santuario para la Virgen de Guadalupe, respetando en todo lo más posible el existente, según decida la propia Cofradía, por mayoría de sus cofrades, debidamente asesorada». Añade que «en cualquier caso, nunca podrá destinarse parte alguna de su herencia, por pequeña que ésta sea, a otro fin distinto, aunque también sea religioso, de la edificación del antedicho Santuario». b) El testador falleció en 22 de abril de 1976, pero con anterioridad, el día

3 de octubre de 1972, tuvo lugar la erección canónica, por el Obispo de la Diócesis, de la Cofrada de nuestra Señora de Guadalupe en la Iglesia parroquial de Nuestra Señora de la Asunción, en San Sebastián de la Gomera. Dicha erección fue comunicada al Ministro de Justicia en 4 de octubre del mismo año 1972, y reiterada la comunicación en 1 de julio de 1974 y 22 de enero de 1977. La Dirección General de Asuntos Eclesiásticos, con fecha 10 de marzo de 1977, comunicó al Canciller Secretario del Obispado de Tenerife que figura en el Archivo de la Dirección citada la comunicación que le remitió. c) La controversia gira en torno a si la personalidad jurídica de la Cofradía recurrente comienza al ser remitida dicha comunicación de 10 de marzo de 1977 por la Dirección General mencionada, o si dicha personalidad arranca del Decreto de erección canónica de 3 de marzo de 1972.

3. Esta Sala de casación se atiene a esa segunda posibilidad, como ya sostuvo la Sentencia de primera instancia y el Ministerio Fiscal, único recurrente en este trámite, y ello principalmente: a) Porque el artículo 38, párrafo 2, del Código Civil manda atenerse a la legislación concordada entre la Iglesia Católica y el Estado español, y esta legislación, Concordato a la sazón vigente de 27 de agosto de 1953 (art. IV, apartado 2), reconoce personalidad jurídica y plena capacidad de adquirir, poseer y administrar toda clase de bienes a las entidades, entre otras, Congregaciones religiosas e Institutos seculares de perfección cristiana que sean erigidas o aprobadas después del Concordato por las autoridades eclesiásticas competentes, con la sola condición de que el Decreto de erección sea comunicado oficialmente por escrito a las autoridades competentes del Estado. Condición esta última que se cumplió desde el día siguiente a dicha erección canónica, aunque sólo muy tardíamente la autoridad civil contestase a la correspondiente comunicación. b) En todo caso esta comunicación del Ministerio de Justicia no es constitutiva de la personalidad, sino meramente administrativa o de control estatal de estas instituciones, sin que la Cofradía haya de soportar perjuicio alguno por el retraso de la autoridad ministerial en acusar recibo de su comunicación. Significa un medio de prueba de la erección canónica, pero no sustituye a ésta, ni elimina el efecto de que la entidad se constituya en la fecha de la aprobación por la autoridad eclesiástica competente para ella. c) Nada se opone a la conclusión establecida en el Decreto de 12 de marzo de 1959, publicado por la autoridad estatal para desarrollar, dentro de su ámbito, la actividad de las entidades eclesiásticas de referencia, pero sin carácter de legislación concordada, que es a la que únicamente se refiere el párrafo 2 del artículo 38 del Código Civil, ni establecer requisitos suplementarios para su debida constitución, que figuran solamente en el Concordato referido. Por todo ello procede la estimación de los motivos expresados (motivos tercero del recurso desistido formulado por la Cofradía y segundo y cuarto de los formulados por el Ministerio Fiscal), en cuanto para este último la sentencia recurrida ha infringido por inaplicación el artículo 746 del Código Civil que reconoce capacidad para adquirir por testamento a instituciones de la clase de la Cofradía recurrente.

4. Procede, por último, también la estimación del motivo tercero del recurso del Ministerio Fiscal, en cuanto es evidente que la institución de

heredero a favor de esta entidad no infringe el artículo 745, número 2, del Código Civil, al tratarse de asociación permitida por la ley, con existencia de hechos y jurídica desde su erección o aprobación por el Obispado de Tenerife, con independencia de que la autoridad civil no acusase recibo de la comunicación sobre esa aprobación sino con mucho retraso. Pero es que, a mayor abundamiento, aunque se sostuviese el comienzo de su personalidad por el cumplimiento de ese requisito administrativo, no podría negarse que con anterioridad se hallaba en fase de constitución, lo que posibilita su aptitud para suceder por testamento siempre que lleguen válidamente a constituirse, al modo como por analogía ocurre con las personas físicas concebidas y no nacidas (arts. 29, 959, 964, 644, párrafo 1, y 966 del Código Civil) y también para las no concebidas en algunos casos, como en las sustituciones fideicomisarias (art. 781). E incluso es frecuente que los nudos propietarios designados en esas sustituciones sean personas no concebidas. La doctrina científica no ve obstáculo alguno en que los *concepturus* sean declarados herederos, no ya sólo por vía indirecta de la sustitución, sino también por la vía directa de la institución. O se ha permitido (caso de la Sentencia de 2 de junio de 1952), atendiendo a la voluntad del testador, que una vez cesado un usufructo se interprete aquella voluntad a través de la creación de una fundación como medio de cumplirla. Y en ningún momento en el caso de la litis se dio de la certidumbre de la entidad instituida heredera y de su identificación.

COMENTARIO.—Mantiene esta sentencia, como no podía menos de ser, la interesante doctrina de que la personalidad civil de una asociación religiosa arranca de la fecha del decreto de erección canónica, comunicado al Ministerio de Justicia, aunque éste tarde varios años en contestar a dicha comunicación. Y como justificación, aclara que tal comunicación de la autoridad eclesiástica a la civil no es constitutiva de la personalidad, sino que su naturaleza es meramente administrativa o de control estatal, pudiendo servir como un medio de prueba de la erección canónica, pero nunca sustituye a ésta. Y tal criterio habrá que aplicar actualmente, en virtud de la Ley de Libertad Religiosa de 5 de julio de 1980, a cualquier asociación dentro del ámbito de la misma, además de las católicas.

Y en orden a la capacidad sucesoria, merece destacarse la afirmación de que tienen capacidad para suceder por testamento las personas jurídicas en fase de constitución, siempre que lleguen efectivamente a constituirse válidamente, por analogía a lo que ocurre con las personas concebidas. Y aún va más allá, pues se declara en la sentencia que «la doctrina científica no ve obstáculo alguno en que los *concepturus* sean declarados herederos, no ya sólo por vía directa de la sustitución, sino también por la vía directa de la institución». Esto último requiere alguna matización. Conocida es la distinta opinión al respecto entre quienes, como DÍEZ PASTOR, OSSORIO, ALCÁNTARA SAMPELAYO y MOLLEDA admiten la posibilidad de la institución directa a favor del *concepturus*, apoyándose fundamentalmente en que el Código no exige la institución de heredero actual para la validez del testamento y admite la hecha bajo condición suspensiva, y la mayoría de la doctrina tradicional que únicamente la admitían por la vía indirecta (v.gr.: mediante una sustitución fideicom-

saría, una carga o modo impuesta al heredero directo), criterio este último que era el seguido por la jurisprudencia. En lo que sí parecen estar todos conformes es en la necesidad de que el *concepturus* haya dejado de serlo en el momento de abrirse la sucesión cuando sea llamado de modo directo, razón por la cual no es posible *declarar* heredero al *concepturus*, como literalmente habría de ser de entenderse en sentido la sentencia. Y mucho menos extender tal posibilidad a la sucesión intestada.

F. C. L.

TESTAMENTO.—NULIDAD.—ACTOS PROPIOS DEL HEREDERO.—LEGADO.—Artículos 4.º, párrafo 1.º, actualmente 6.º, apartado 3, del Código Civil. Leyes 208, párrafo 1.º; 210 y 243, párrafo 1.º, del Fuero Nuevo de Navarra (SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 1986).

Los cónyuges navarros L. y M. otorgaron testamento de hermandad ante un Notario de Pamplona, instituyéndose mutuamente únicos herederos en absoluto y pleno dominio y en la cláusula sexta ordenaron lo siguiente: «Al fallecimiento del último que muera de los testadores, en los bienes que entonces queden procedentes de ambos, éstos instituyen por herederos, en cuanto a una mitad de los mismos, en absoluto y pleno dominio, a su hija E.; y en la mitad restante, en usufructo vitalicio a su hija política I., y en cuanto a la nuda propiedad desde luego, en la que se consolidará el usufructo al fallecimiento de la usufructuaria, a su nieto J.».

Fallecido el marido, su viuda otorgó testamento ordenando, entre otras disposiciones, un legado de bien inmueble a favor de unas nietas, a quienes la heredera I. se niega a entregarlo, por lo que las legatarias promueven la correspondiente demanda, que es estimada por el Juzgado de Primera Instancia de Aoiz, siendo desestimada la apelación interpuesta por la demandada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona. Finalmente, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la apelante, conforme a los siguientes fundamentos.

Fundamentos de Derecho.—1. De aceptarse la tesis que reiteradamente se mantiene en el recurso, según la que el testamento abierto otorgado por la común causante de ambas partes litigantes doña M. U. A., el día 10 de diciembre de 1958, por contrariar las disposiciones legales del Fuero Nuevo de Navarra que se aducen, era radicalmente nulo, en razón a que la expresada señora al haber otorgado, juntamente con su fallecido esposo don L. E. V., testamento de hermandad con fecha 25 de junio de 1952, no podía disponer, como lo hizo, con atribución de legados, de los bienes que en el momento del otorgamiento del testamento de hermandad ya correspondían al patrimonio de ambos cónyuges, el referido recurso, con abstracción de un análisis pormenorizado de todas sus motivaciones, habría de prosperar, por lo que y habida cuenta de los antecedentes fácticos a que se hará mérito, la primera cuestión a dilucidar

es la de si al testamento abierto de doña M. U. corresponde, sin más, esa tacha, de nulidad radical o absoluta que determine la aplicación del párrafo 1.º de la Ley 19 del Fuero Nuevo de Navarra, en cuanto la declaración de voluntad que el testamento significaba estaba prohibida por la Ley, o, por el contrario, tal declaración de voluntad, al no serle aplicable el precepto dicho, podía tener la eficacia que los herederos de la señora U. le concedieron en fechas inmediatas a su fallecimiento, acaecido cuando había transcurrido un escaso lapso de tiempo desde el día en que otorgó el testamento cuestionado.

2. La jurisprudencia de esta Sala —como pone de relieve la Sentencia de 27 de febrero de 1964—, «al enfrentarse con el texto del párrafo 1.º del artículo 4.º del Código Civil, hoy 6, 3, no ha podido por menos de reconocer su importancia, proclamando en Sentencia de 1 de marzo de 1934 que constituye un auxilio del Derecho, para remediar las faltas fundamentales o graves, cometidas en actos jurídicos o procesales; y, al mismo tiempo, se ha visto precisada a delimitar su alcance, estableciendo, entre otras, en las Sentencias de 19 de octubre de 1944 y 28 de enero de 1958, que tal precepto se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, lo que restringe mucho su eficacia práctica, como resorte para dar impulso a la casación, sin que deba ser interpretado con criterio rígido, sino, como sugiere la doctrina científica, con criterio flexible, por lo que no es posible admitir que toda disconformidad con una ley cualquiera haya de llevar siempre consigo la sanción extrema de la nulidad, ni tampoco que sea preciso que la validez de los actos contrarios a la ley sea ordenada de modo expreso y textual en la ley misma, y de esta tónica jurisprudencial es forzoso inferir no sólo que el precepto genérico del artículo 4.º, párrafo 1.º, del Código Civil no puede aplicarse, sin más, como norma específica de nulidad, respecto a cuantos actos quepa estimar que son contrarios a la ley», concretando la citada sentencia, para el supuesto de los actos que contraríen o falten a algún precepto legal, sin que éste formule declaración expresa sobre su nulidad o validez, «que los Tribunales para decidir han de extremar su prudencia, en uso de una facultad, hasta cierto punto discrecional, analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir declarando válido el acto, pese a la infracción legal, si la levedad del caso así lo permite o aconseja y sancionándole con la nulidad si median trascendentales razones que patenten al acto como gravemente contrario al respeto debido a la ley».

3. En relación concreta al testamento abierto otorgado por doña M. U. el día 10 de diciembre de 1958, establece la Sentencia del Juzgado en sus razonamientos, aceptados en su integridad por la recaída en segundo grado jurisdiccional y aquí recurrida, que: a) habiendo fallecido la testadora doña M. U. A. el 5 de enero de 1959, por escritura de 30 de mayo de 1959, los herederos doña E. V. y doña M. I., aceptando el último testamento de doña M. U. procedieron a la entrega del legado ordenado en la cláusula 4.ª del mismo, en nuda propiedad a don J. V. y en usufructo vitalicio a doña M. I.; b) posteriormente, esta misma señora, tras solicitar defensor judicial para su hijo J., menor de edad, pidió autorización judicial para vender la casa objeto del legado porque exigía urgentes y

costosas reparaciones que su hijo no podía atender, realizándose la venta del inmueble, cuyo producto fue destinado íntegramente a don J., que se benefició con ello; c) en el presente juicio y al cabo de veinticuatro años, son los cinco hermanos A. V. quienes solicitan que se les haga entrega del legado que por su abuela (doña M. U.) se les había asignado en la cláusula 6.ª de su testamento; d) transcurridos veinticuatro años desde la fecha en que la demandada (ahora recurrente), doña M. I., llevó a efecto las disposiciones del testamento de doña M. U. en todo lo que afectaba a ella y a su hijo don J. V., se opone en el litigio a la pretensión de las actoras, aduciendo la nulidad del citado acto de última voluntad, con el exclusivo fundamento de que contrariaba las disposiciones contenidas en el testamento de hermandad que, con anterioridad había otorgado con su esposo, y sin alegar ninguna causa razonada que pudiera referirse a perjuicios, desigualdad o reivindicación de algún bien concreto de la herencia, y e) no se impugna por la demandada doña M. I. la validez de la aceptación del legado que a ella y a su hijo se le atribuía en el testamento cuya validez ha sido cuestionada.

4. Inalteradas en casación las afirmaciones fácticas de la resolución impugnada, resumidas en el fundamento de Derecho que antecede, puesto que las mismas no ha tratado de desvirtuarlas la recurrente por el cauce, adecuado al efecto, del ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, decaen, por aplicación de la doctrina legal consignada en el segundo de los aludidos fundamentos de Derecho a tales afirmaciones fácticas, los motivos primero, segundo, tercero, cuarto, quinto, octavo y noveno del recurso, pues la aplicación del párrafo 1.º de la Ley 19 del Fuero Nuevo de Navarra es improcedente cuando, cual acontece en el caso aquí enjuiciado, en la disposición contrariada —Ley 202 del Fuero Nuevo de Navarra— falta una declaración expresa sobre la nulidad o validez, y la índole y finalidad del precepto vulnerado, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos ya realizados por los interesados hacen que la declaración de voluntad —testamento de doña M. U.— haya de estimarse válida, al no mediar trascendentales razones que la patenticen como contraria a la moral, la ley o el orden público, y sí, por el contrario, se infringirían las más elementales normas de equidad acogiendo la pretensión de nulidad de quien aceptó por actos propios de inequívoco significado la validez del repetido testamento y recibió como consecuencia de tal aceptación los bienes que en su clausulado se le atribuían.

5. En definitiva, haciendo un análisis pormenorizado, el procedente rechazo de los motivos primero a quinto y octavo y noveno del recurso, lo determinan las circunstancias de que: a) el motivo primero, aunque formulado con amparo procesal en el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo es con base en el alegato de que las cláusulas del testamento de hermandad otorgado por doña M. U. y su esposo y la del testamento abierto otorgado con posterioridad por la misma no contenían idénticas disposiciones de última voluntad, por lo que el segundo revoca claramente al primero; conclusiones que aun admitiéndolas en el sentido propugnado por la recurrente son intrascendentes al efecto de privar de validez en el caso concreto aquí enjuiciado al testamento de la señora U.; b) por idénticas razones la sentencia recurrida

no violó por inaplicación las Leyes 208, párrafo 1.º, y 210 del Fuero Nuevo de Navarra, cuya infracción, con amparo procesal en el ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa en el segundo motivo del recurso, pues la misma no fundamentó su fallo en la circunstancia de que el testamento abierto de doña M. U. no hubiera revocado el de hermandad que había otorgado con anterioridad, sino en la validez de las disposiciones del primero; c) el motivo tercero del recurso, formulado al igual que el anterior, por el cauce del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la violación por inaplicación del párrafo 1.º de la Ley 19 del Fuero Nuevo de Navarra y la aplicación indebida del párrafo 2.º de la propia Ley, ambas en relación con las Leyes 202, 204 y 206 del mismo Cuerpo legal, al partir de una interpretación de las normas jurídicas que se supone infringidas y sobre todo el párrafo 1.º de la Ley 19 del Fuero Nuevo de Navarra, citada, que no es aceptable, al haber de estarse a la verificada por la doctrina legal, según lo argumentado en los fundamentos de Derecho que anteceden, no pueden prosperar; d) igual suerte desestimatoria corresponde al cuarto motivo del recurso, que al acusar la inaplicación de la Ley 1.ª del Fuero Nuevo de Navarra, haciendo alusión a las disposiciones del Derecho histórico navarro a tener en cuenta para la interpretación de las normas de la Compilación vigente, no señala en concreto la preceptiva que se oponga al criterio hermenéutico mantenido por la jurisprudencia de esta Sala en orden a la posibilidad de conceder validez a actos que contraríen una disposición legal, a lo que es de añadir que según el párrafo 1 del artículo 13 del Código Civil, las disposiciones de su título preliminar, entre las que se encuentran las atinentes a la interpretación de las normas jurídicas —art. 3—, tienen aplicación general y directa en toda España; e) si la sentencia recurrida, al confirmar el fallo de la del Juzgado, concedió a los demandantes lo que habían postulado en relación al testamento de doña M. U., o sea, la entrega del legado a que se refería la disposición quinta del citado testamento, es indudable que al conceder eficacia a tal disposición atribuía validez al testamento, por lo que, aunque no contenga una declaración especial sobre este último punto, conforme a lo pedido en el escrito de réplica, la resolución impugnada no puede tacharse de incongruente, como tampoco merece tal calificativo por la circunstancia de que en el meritado fallo se haga una referencia a la casa que constituía el objeto del legado, sin pormenorizar sobre sus anejos, todo lo que hace que carezca de fundamento la vulneración del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, con base en el ordinal 3.º del artículo 1.692 de la propia Ley, se denuncia en el quinto motivo del recurso; f) aunque es cierto, como se pone de relieve en el octavo motivo del recurso, formulado al amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exceptuada la nulidad de pleno derecho de un acto que contraría una disposición legal, la misma puede ser apreciada sin necesidad de reconvención en que así se postule, la realidad es que proclamado que el testamento abierto cuestionado ha de sostenerse como válido, el motivo carece de trascendencia y de base fáctica que le sirva de apoyo, y g) totalmente ajustada a Derecho la aplicación por la sentencia recurrida del principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, en lo refe-

rente a los ejecutados por la recurrente después del fallecimiento de doña M. U., y en relación al testamento abierto otorgado por la misma, la vinculación que tales actos significaron en orden a la admisión de su validez, no queda sin efecto por la circunstancia de una alegada nulidad de pleno Derecho del repetido testamento que ni la resolución impugnada ni esta Sala admiten; careciendo, por ende, de fundamento el motivo noveno del recurso en el que, por igual cauce procesal que el anterior, se acusa la aplicación indebida del referido principio.

6. El motivo sexto del recurso, por la vía del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia a la sentencia recurrida de haber infringido por inaplicación del párrafo 1.º de la Ley 243 del Fuero Nuevo de Navarra, en cuanto dispone que «el legatario por sí solo no puede tomar posesión de la cosa legada, sino que deberá exigirla de la persona gravada con el legado», fundamentándose el motivo en el alegato de que «la sentencia recurrida, al hacer suya la dictada por el juzgador de instancia, que confirma, nos dice que la condena es a la entrega de lo dispuesto en la disposición quinta del testamento, pero, a pesar de que dice que estima la demanda, al detallar su contenido, concede menos de lo solicitado en demanda, y mi mandante, a tenor de la norma citada, no está obligada a entregar más que la cosa legada, ni más ni menos, por lo que al declarar que se estima una demanda en la que se pide más de lo legado, se está infringiendo la citada disposición legal, que debió aplicarse y condenarse, en todo caso, a la entrega de la cosa legada», y como tal alegación no se corresponde en absoluto con lo que el precepto que se supone vulnerado establece, constituyendo a lo sumo sendas denuncias de incongruencia y de interpretación, no admisible, de una cláusula testamentaria, el motivo no puede prosperar, al no ser subsumibles los hechos que le sirvan de apoyo en la norma cuya violación se acusa.

7. También ha de fracasar el motivo séptimo del recurso, pues declarada la validez de las disposiciones contenidas en el testamento abierto de doña M. U. y la aceptación de las mismas por los legatarios a que dichas disposiciones testamentarias se contraían, carece en absoluto de trascendencia la circunstancia de que el referido testamento, respetando el de hermandad otorgado con anterioridad, hiciera un reparto igualitario de los bienes que integraban el patrimonio de los dos cónyuges que otorgaron éste, por lo que la infracción de la preceptiva contenida en el artículo 1.214 del Código Civil, que por el cauce del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa en el motivo, es inoperante al efecto de determinar la casación de la resolución impugnada, desde el momento en que la prueba del idéntico valor de los bienes legados a ambas partes litigantes, no es determinante del fallo estimatorio de la demanda, o sea, la *ratio decidendi* del mismo.

8. Por último, en el motivo décimo del recurso se aduce, con igual amparo procesal que el examinado con anterioridad, la inaplicación de la doctrina jurisprudencial del litis consorcio pasivo necesario, puesta en relación con lo dispuesto en la Ley 243 del Fuero Nuevo de Navarra, por entender la recurrente que existe una defectuosa constitución de la relación jurídico procesal al no haber demandado las actoras a su madre doña E. V. U. que, juntamente con ella, había de proceder a la entrega

de la cosa legada. Habida cuenta de que en el testamento de doña M. U. toda la herencia fue distribuida en legados de cosas concretas y determinadas, el precepto de aplicación para la exigencia de su entrega es el contenido en el número 3 del párrafo segundo de la citada Ley 243, precepto que para el caso de que todos los legatarios no se pusieran de acuerdo sobre la entrega de la cosa legada, prevé que los legatarios puedan acudir al Juez para recabar dicha entrega, de lo que resulta obvia la falta de necesidad de que fuera demandada doña E. V., que no se opuso a la entrega y sí antes, por el contrario, se allanó a verificarla en acto de conciliación, todo lo que hace procedente el rechazo del motivo.

F. C. L.

COMUNIDAD HEREDITARIA.—EXTINCION.—CLAUSULA PROHIBITIVA DE LA INTERVENCION JUDICIAL.—COMUNIDAD ORDINARIA.—
Artículos 675 y 743 del Código Civil (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado y apelante contra la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 5 de dicha capital, conforme a los siguientes fundamentos:

1. Al denunciarse en el primero de los motivos del recurso, amparado en igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, antes de su reforma, la interpretación errónea del artículo 675, en relación con el 743, ambos del Código Civil, se está remitiendo a la cláusula VI del testamento de doña M. C. C., la que se dice causante de los actores y demandado, hoy recurridos y recurrente, por la que se prohibía la prevención y formación del juicio de testamentaria y, en general, toda intervención judicial en su herencia; y aparte la cuestión de cuanto la misma pudiera afectar a la actora y recurrida doña V. V. M., viuda y heredera universal de don J. D. C., hijo y heredero de doña M. C. C., es que como bien se dice en la recurrida sentencia «la aceptación pura y simple de los herederos que reciben la herencia en común y *pro indiviso*, transforma la comunidad hereditaria en otra ordinaria de bienes sobre el único que al parecer existía, el inmueble de que se trata», resultando evidente que la cuestión litigiosa, promovida al cobijo del artículo 400 del expresado Código, resulta extraña a la propia de la herencia de la que fuera causante de uno de los actores y demandado, a la que ha de resultar del todo inoperante aquella disposición testamentaria en la que ni siquiera entró a conocer el juzgador de instancia, sin que, por tanto, se pueda decir que interpretó ni errónea ni acertadamente, haciendo fracasar el motivo.

2. El segundo de los motivos, por igual cauce procesal que su anterior, denuncia la interpretación errónea del artículo 348 del Código Civil, en

cuanto siendo el recurrente propietario de la vivienda de autos, no puede ser condenado a abandonar la finca en cuestión, antes de ser adjudicada en subasta, mas teniendo en cuenta que su título no le ampara sino en una tercera parte de la tan meritada propiedad, al estimar el juzgador de instancia que viniendo en la posesión exclusiva de la misma obviamente contraria al interés de los dos restantes propietarios, debe abandonarla, no puede decirse que el artículo 348 del Código Civil haya sido erróneamente interpretado, ya que al no reconocérsele la propiedad íntegra, ha de compaginarse con la de sus copropietarios, la que no tendría lugar de mantenerse en aquella posesión exclusiva en la que venía, por lo que el motivo ha de ser también desestimado.

COMENTARIO.—La tesis mantenida por nuestro más Alto Tribunal es la de que transformada la comunidad hereditaria en comunidad ordinaria por la aceptación de la herencia y adjudicación *pro indiviso* del único bien relicto, consistente en una finca urbana, no es aplicable la cláusula testamentaria prohibiendo la intervención judicial, por cuanto los litigios que a partir de entonces se susciten carecen de carácter hereditario (no son juicios de testametraría), sino que afectan a una comunidad ordinaria por cuotas. De aquí la frase de la sentencia «la cuestión litigiosa... resulta extraña a la propia herencia de la que fuera causante de uno de los actores y demandado». Ahora bien, creo que merece alguna precisión la afirmación hecha por la sentencia recurrida y compartida por el Tribunal Supremo consistente en que «la aceptación pura y simple de los herederos que reciben la herencia en común y *pro indiviso*, transforma la comunidad hereditaria en otra ordinaria de bienes sobre el único que al parecer existía, el inmueble de que se trata, pues entendida con alcance general no parece del todo exacta, ya que la mera aceptación, por sí sola, carece de virtualidad suficiente para transformar el derecho de cada coheredero en un derecho concreto sobre una participación indivisa de los bienes relictos, fenómeno que sólo se produce cuando la aceptación va acompañada de la correspondiente adjudicación de bienes, incluso *pro indiviso*, en virtud de la *partición*. Es ésta y no meramente la aceptación, la que origina la transformación de la comunidad hereditaria en comunidad ordinaria o por cuotas.

F. C. L.