

II. SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CABANILLAS SANCHEZ

Colaboran: Joaquin ATAZ LOPEZ
Pilar BENAVENTE MORERA
Emilio BLANCO MARTINEZ
Gema DIEZ-PIECAZO GIMENEZ
Nieves FENOY PICON
Gabriel GARCIA CANTERO
Martín GARCIA RIPOLL
Regina GAYA SICILIA
Francisco LLEDO YAGÜE
Luis Miguel LOPEZ FERNANDEZ
Encarna SERNA MEROÑO

I. DERECHO CIVIL

1. PARTE GENERAL

1. Aplicación directa y eficacia derogatoria de la Constitución.—«El motivo debe ser estimado en parte, porque los Reales Decretos de 2 de junio de 1977 y 17 de febrero de 1978, si bien respetan la libertad de sindicación y asociación no pueden contravenir la libertad de asociación establecida en el precepto invocado como infringido y, por tanto, aunque antes de la vigencia de la Constitución nada obsta a la obligatoriedad de pago de las cuotas reclamadas, no es así después del comienzo de dicha vigencia por ser contrario a la libertad expresada de asociación. Por consiguiente, la demanda debe ser estimada sólo en parte, imponiendo el pago de las referidas cuotas devengadas hasta el 27 de diciembre de 1978 en que comenzó su vigencia la Ley fundamental, y desestimada en cuanto a las cuotas devengadas posteriormente, es decir, las correspondientes a los días 28, 29, 30 y 31 de diciembre de 1978 y todas las cuotas devengadas durante el año 1979. Por las mismas razones de oposición a la libertad de asociación debe ser estimado igualmente en parte el motivo segundo por infringir en la misma medida el artículo 28.1 de la Constitución vigente, que reconoce el derecho a la libre sindicación a partir del día en que comenzó a regir dicha norma fundamental, y en cuanto a la vigencia de los decretos de 1977 y 1978 ha de estimarse derogada por contrarios a los principios constitucionales que se dejan referidos.» (STS 13 de diciembre de 1989; no ha lugar en parte) (R. G. S.).

HECHOS.—Los recurrentes eran propietarios de fincas agrícolas. En su calidad de tales eran asimismo socios de la Cámara Local Agraria de Benicasim. Los recurrentes debían las cuotas de socios correspondientes a los años 1977, 1978 y 1979. Reclama la Cámara y el Juzgado de Primera Instancia los condena al pago de lo adeudado. La Audiencia confirma la sentencia del Juzgado y el Tribunal Supremo la de la Audiencia. Acuden los propietarios al Tribunal Constitucional en demanda de amparo. El alto Tribunal estima la demanda por entender que la normativa reguladora de las Cámaras Agrarias —cobertura legal de la exigibilidad de las cuotas reclamadas que no se derogó formalmente hasta 1986— ha quedado derogada por la Constitución al oponerse a sus artículos 22 y 28. De ahí que, reconociendo los derechos de libre asociación y sindicación de los propietarios, declare nula la sentencia del Supremo y ordene que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior al de dictar sentencia. Sobre la base de estos postulados el Supremo dicta nueva sentencia estimando en parte el recurso de casación.

2. Doctrina de los actos propios.—«...el principio general de derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, ha sido sancionado de antiguo por la jurisprudencia de esta Sala que tiene declarado en cuanto a su alcance que los actos propios contra los cuales no es lícito accionar son aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, por lo que el citado principio sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que hubieren creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla (sentencias, entre otras, de 16 de junio y 5 de octubre de 1984; 23 de junio, 25 de septiembre y 5 de octubre de 1987; 25 de enero y 4 y 10 de mayo de 1989)...» (STS 20 de febrero de 1990; no ha lugar) (R.G.S.).

HECHOS.—Se dirige don Pedro G. al Juzgado de Primera Instancia para pedir la declaración de su condominio por mitad de la trainera «Mari Silvia II», que se decrete la correspondiente inscripción de su propiedad y se condene al demandado don José M. a rendir cuentas y abonarle el saldo en su favor que se produzca. Se estima parcialmente la demanda —en lo relativo a la rendición de cuentas y abono del saldo— si bien se declara improbadada la propiedad del actor. La Audiencia Territorial de Barcelona revoca la sentencia de primer grado acogiendo en su integridad los pedimentos de la demanda interpuesta por don Pedro. Don José M. interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar.

2. DERECHO DE LA PERSONA

3. Declaración de prodigalidad solicitada según el derecho derogado: enajenaciones en favor de la segunda esposa: improcedencia.—Como tiene declarada esta Sala en clásicas sentencias de 19 de junio de 1915, 30 de septiembre de 1930 y 25 de marzo de 1942, el concepto de prodigalidad emana de actuación mera-

mente arbitraria y caprichosa, reveladora de una propensión a gastos inútiles, con un espíritu desordenado, desconocimiento útil del capital en irracional complacencia, significativo de disipación y derroche en supeditación a satisfacción de necesidades artificiales, con el consiguiente ánimo meramente *dilacerando et dissipando*, en *dissipare bona*, consistente en gastos, y despilfarrar y realizar injustificadas enajenaciones, de modo que se ponga injustificadamente en peligro la conservación del patrimonio, con un continuado descuido en la administración garante de una conducta creadora de un peligro para el patrimonio, socialmente condenable por su injustificación; aspectos que no se revelan en el presente caso en el que únicamente se aprecia una actividad transmisiva por parte del demandado en favor de su segunda esposa, que si tienen causa irreal por falta de causa compraventa, no determinan situación de prodigalidad, sino de posibilidad de declaración de ineficacia de tales actos transmisivos, cosa que hizo la sentencia recurrida.

La prodigalidad no es ánimo de liberalidad.—El conjunto del comportamiento del demandado revela una tendencia encaminadora a favorecer a su segunda esposa, con finalidad de cumplimiento generoso hacia ella, significativo de liberalidad, lo que no puede confundirse con la prodigalidad, en cuanto ésta supone una censura objeto de reprobación social, que no cabe apreciar en quien meramente trata de beneficiar a su cónyuge.

Sentencia penal por alzamiento de bienes.—La sentencia penal condenatoria por alzamiento de bienes se produjo por un comportamiento transmisivo consignado en escritura pública y documentos privados, estado de cuentas corrientes y libretas de ahorro, con finalidad de distraer bienes de un normal destino si no se produjeran tales circunstancias, pero no revelan un comportamiento significativo de gastos inútiles que pongan de manifiesto un espíritu desordenado, de disipación y derroche, que es la esencia de la prodigalidad. (STS 2 de enero de 1990; no ha lugar).

NOTA.—El tema de la prodigalidad sigue llamando la atención de nuestra doctrina, antes y después de las últimas reformas del Código civil, quizá por las vacilaciones e incertidumbres de que ha hecho gala el legislador sobre la razón de ser de la figura y sobre el régimen jurídico más adecuado (es obvio que si no se está seguro del papel que ha de jugar su regulación se resentirá). Después del tratamiento básico de DE CASTRO, hay que enumerar cronológicamente los estudios de O'Callagan (1978), Fernández Martín-Granizo (1984), M.^a del Carmen Gete-Alonso (1984), Montserrat Valero (1985), Salvador Coderch (1986) y Ossorio Serrano (1987); entre las obras generales, el excelente capítulo que Delgado Echeverría dedica al tema en LACRUZ, *Elementos* 1-2.º, 1990, p. 142-149.

Parece claro que el concepto de prodigalidad no ha variado en sí mismo, por lo que la presente sentencia resume la doctrina que puede considerarse clásica, tan acertadamente resumida en la sentencia de 25 de marzo de 1942 de la que fue Ponente Castán Tobeñas (ahora oportunamente editadas en el volumen *Las sentencias civiles de don José Castán Tobeñas*, Madrid 1990, p. 241 ss.). También resulta incuestionable que los hechos

en que se basaba la demanda no encajan en el concepto clásico de prodigalidad. Únicamente cabe oponer que no puede elevarse a nota característica general la de que el ánimo de liberalidad sea incompatible con la situación de prodigalidad (aunque en el presente caso si lo sea dado que el beneficiario es el cónyuge en segundas nupcias). Como dice DELGADO ECHEVERRÍA, *loc. cit.* p. 144, no es preciso para que haya prodigalidad, que la ocasión o destino del gasto sean moralmente reprobables en sí, sino su aptitud para menguar el propio matrimonio, resultado que también puede conseguirse a costa de donaciones excesivas, desproporcionadas, aún con fines de piedad o beneficencia. No parece, en efecto, impensable que el segundo cónyuge pueda ser beneficiario de liberalidades tan desproporcionadas y excesivas que repruebe la conciencia social por el perjuicio que ocasionen a los hijos del primer matrimonio. (G.G.C.)

4. Alcance del artículo 8.1 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982: conexión específica con los derechos a la intimidad y a la propia imagen. Sentido de la autorización excluyente de la tacha de ilegitimidad. Autoridad competente para otorgarla.—«El artículo 8.1 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, establece que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley.

La exégesis de este precepto ha sido objeto de viva polémica en la doctrina; pero es justo convenir que la más acorde con su finalidad y esencia es aquella que viene entendiendo que tales actuaciones o acuerdos más parecen pensados para los derechos a la intimidad y a la propia imagen que para el derecho al honor específicamente entendido, ya que no es factible imaginar una autorización que permita atacar el honor de alguna persona.

Las denominadas notas de prensa, tan en uso hoy en día emanadas de autoridad o de agente de la autoridad, podrán dar a conocer un hecho o suceso para satisfacer el derecho de la información de la sociedad; pero estas notas nunca podrán ser el baluarte o salvoconducto de impunidad para agredir el honor ajeno, hasta el punto de que si alguien, amparándose en esas notas, emitiera o divulgara hechos contrarios al honor, incurriría en la sanción establecida en el artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982.

Conforme a estos postulados, no puede aceptarse la gratuita tesis de la sentencia impugnada, en la que se afirma que el gabinete de la Guardia Civil actuó por delegación del Gobierno Civil y que los miembros de la Benemérita, pueden ser agentes de la autoridad dentro de la organización gubernamental del Estado con la lógica capacidad para hacer oficialmente las manifestaciones oportunas, resultado de las exigencias de la vida social, aunque sus reglamentaciones orgánicas no prevean tal posibilidad.

Al no existir ninguna autorización legislativa, toda nota de prensa que invadiera el derecho al honor de otra persona incidiría en el tipo del artículo 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982 y quien al socaire de tales notas las difundiera públicamente sería responsable de una agresión ilegítima al honor ajeno.» (STS 27 de febrero de 1990; ha lugar) (R. G. S.).

HECHOS.—En el periódico *Las Provincias* de Tarragona se publicó un artículo que llevaba por título: «Detenidos dos alemanes que asesinaron

al hombre que intentó violarles». El contenido se basaba en la nota de prensa que la Comandancia de la Guardia Civil había hecho pública al detener a los presuntos asesinos. La mujer e hijos de la víctima entendieron que la citada publicación representaba una injustificada agresión al honor del fallecido y al suyo propio y reclamaron indemnización por los graves daños morales sufridos. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación estimando la demanda de los recurrentes.

5. Derecho al honor. Carácter personal. Proyección en el ámbito social y profesional. Coexistencia con la libertad de expresión. Valoración de las circunstancias concurrentes en el caso e interpretación contextual y teleológica de las manifestaciones supuestamente lesivas del derecho al honor o al prestigio comercial.—«Es indudable que tan necesario es el crédito y prestigio para la vida y desarrollo del comercio, como para la de los humanos es el honor, el cual, es un derecho derivado de la dignidad humana a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás, reconocido como derecho fundamental, entre otros, en nuestra Constitución, y cuya negación o desconocimiento se produce, fundamentalmente, a través de cualquier expresión proferida o cualidad atribuida a determinada persona que, inexcusablemente, la haga desmerecer en su propia estimación o en el público aprecio, por ello, conforme ha ido perfilándose a lo largo de constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala, el ataque se desenvuelve tanto en el marco interno de la propia persona afectada e, incluso, de la familia, como en el externo o ámbito social y, por tanto, profesional o mercantil, negocial, en definitiva, en el que cada persona desarrolla su actividad; sin que la libertad de expresión, por otro lado, pueda justificar la difusión y atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos o susceptible de serlo por los datos o detalles difundidos, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto y reprochables a todas luces, sean cualesquiera los usos sociales del momento. Asimismo, es indudable que la protección jurisdiccional debe dispensarse haciendo aceptación de las características y circunstancias concurrentes en cada caso concreto, sin que sea legítimo respecto a las expresiones difundidas, radicalizarlas, extrayéndolas o desligándolas del contexto del escrito que las contiene ya que, por el contrario, debe acudir siempre a la totalidad del mismo, para inducir así su verdadero sentido, siendo obligado, también, tomar en consideración la finalidad perseguida.» (STS 5 de diciembre de 1989: no ha lugar) (R.G.S.).

HECHOS.—Don Félix L. había comprado un coche. A los ocho meses de su adquisición el vehículo había pasado más de dos en el taller para «pequeños» arreglos, claxon, luz, guantera, asientos, embellecedor, sistema de inyección, aire acondicionado y cambio de cuatro pares de bujías. En su lógico descontento, don Félix envió escritos de diverso género —«Cartas al director» y «Breves»— a los periódicos locales en los que refería su odisea automovilística con mención expresa de la casa vendedora y variadas alusiones —por ejemplo, «Volkswagen ya es Seat»— a su profesionalidad. La empresa presenta demanda de protección jurisdiccional civil de los derechos fundamentales de la persona por intromisión ilegítima en su

derecho al honor y a la propia imagen. No entra en el Juzgado de Primera Instancia en la cuestión de fondo. La sentencia de la Audiencia revoca la de instancia y desestima la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Sobre la problemática relativa al honor de las personas jurídicas, solamente incoada en esta sentencia, resulta de gran interés la jurisprudencia seleccionada por Manuel Ignacio FELIU REY en el número 4 de la Colección *Jurisprudencia Práctica*, recientemente editada por «Tecnos», de título más que elocuente: *¿Tienen honor las personas jurídicas?*

6. Legitimación activa: criterio para la apreciación de su existencia. Aplicación al ámbito de los derechos de la personalidad.—«Si la legitimación, sea *ad causam* o *ad procesum*, por constituir a manera de nexo o enlace entre la mera aptitud representada por la capacidad jurídica y la plenitud para la realización de cada acto jurídico implícita en la disposición, supone que el sujeto de las relaciones jurídicas se encuentre en ellas en la especial situación que le permita actuar en cada una de las mismas, es evidente que no podrá surgir, ni cuando el hecho o acto respecto del que es preciso ocupar u ostentar dicha situación no existiere o no se haya producido; ni si aún existiendo o habiéndose originado, el sujeto no ocupa respecto de ellos la adecuada posición; y así, la doctrina de esta Sala viene exigiendo de modo reiterado para que surja la legitimación el *summa gravaminis* (sentencia de 10 de noviembre de 1981 y las en ella señaladas entre otras), doctrina que como la generalmente dispensada por este Tribunal no es rígida ni inflexible y menos aún en estos casos, ya que no cierra el paso a ciertas otras posibilidades que pueden representarse y más aún con la mirada puesta en el artículo 24.1 de la Constitución Española; tal acontece con aquellas situaciones que afectan a derechos personalísimos del ser humano —intimidad, honor, libertad de expresión, libertad de cátedra, etc.— en las que el gravamen o perjuicio aún cuando pueda tener y de hecho tiene frecuentemente proyecciones patrimoniales, afecta principalmente y de modo directo e inmediato a la esencia de las creencias y convicciones de cada individuo, bien que en tales casos deban separarse estas de las que pueden entrar en el marco del apasionamiento o sectarismo.

Esto hace, que tratándose de los llamados derechos de la personalidad según la terminología clásica o de los fundamentales conforme a la constitucionalista, no siempre sea fácil perfilar el marco de la legitimación, especialmente en la esfera de ciertos derechos, cual puede ser el de la libertad de expresión, o de la información; los que afectan al honor o intimidad de la persona, etc., ya que en ellos la delimitación de la gravedad del daño o simplemente de su existencia resulta en ocasiones de difícil precisión, en cuanto por afectar a derechos que por ser personales cada individuo al interpretarlos subjetiviza, no siempre resulta fácil a quienes tienen a su cargo la tarea de juzgar resolver cuestiones en las que lo fundamental es realizar la adecuada ponderación de referido factor, esto es, si ese *summum gravaminis* que la doctrina de esta Sala exige para la admisión de la legitimación activa o pasiva existe o no, lo que se traduce en que al proceso y sus remedios solamente puedan acudir quienes tengan directo e inmediato interés en ello.»

Legitimación. No vulneración del derecho al honor. Derecho a libre expresión de ideas y opiniones.—«Tales manifestaciones aunque acaso desafortunadas dado el tema sobre que se exponían, podrán ser objeto de crítica y reproche moral por parte de quienes se sientan afectados mas no implican ofensa al honor de persona física concreta o de su familia, aún cuando puedan originar aflicción e incluso sufrimiento a personas naturales e incluso colectivos o grupos sociales. Por ello, este Tribunal aún comprendiendo el impacto moral, la indignación e incluso irritación que hayan podido producir a quienes como la actora padeció personalmente los desatinos de una época como a la que se refiere la demanda, no puede por menos que resaltar que las manifestaciones de una voluntad, la del demandado, sobre unos hechos que hoy son historia y que por virtud del derecho fundamental a la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones que consagra el artículo 20.1,a) de la Constitución, desafortunadas como se ha dicho mas no ofensivas para el honor de ninguna persona natural, ni siquiera colectiva, razón por la cual falta en este caso por ausencia del hecho o acto respecto del que se precisa ocupar la posición en que la legitimación consiste, esto es, el ataque al honor, dado que en este caso no se ha producido.»

Necesidad de integrar las lagunas de los tratados internacionales conforme al derecho de los estados firmantes.—«...Ya que aún tomando como punto de partida las específicas referencias normativas que en la motivación se contienen ha de señalarse que al efectuarlas no se ha tenido en cuenta que el citado Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, celebrado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y suscrito y ratificado por España el 24 de noviembre de 1977 (lo que le inserta en el art. 1.5 del Código civil), en su artículo. 10.2, citado en el motivo como infringido no se contiene expresa referencia al honor o a la intimidad personal o familiar y sí sólo a la libertad de expresión y al ejercicio de la misma, al no estar referido derecho específicamente aludido en dicho Tratado, es evidente que su regulación vendrá sometida a la que cada Estado firmante del mismo le haya dado.»

Carácter personal del derecho al honor.—«...Dado que las manifestaciones hechas por el demandado recurrido no se refieren a la actora y el derecho al honor, según la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, considera este derecho como algo personal e intransferible, patrimonio del sujeto y en todo caso su familia si a ella afectase el descrédito o menosprecio que el ataque al mismo conlleve, es evidente que en este caso la recurrente no se encuentra en esa adecuada posición que la *legitimatío ad causam* y *ad procesum* exige...» (STS 5 de diciembre de 1989; no ha lugar) (R.G.S.)

HECHOS.—El recurso de casación que el Supremo resuelve trae causa de la acción de protección civil del derecho al honor que doña Violeta Friedman, superviviente de un campo de concentración, interpuso contra don León Degrelle, ex oficial nazi, al entender que las manifestaciones realizadas por éste en la revista *Tiempo* y en Televisión Española sobre los campos de exterminio alemanes constituían una agresión ilegítima contra su honor causándole graves daños cuya indemnización reclamaba con el propósito de entregarla a las asociaciones de ciudadanos españoles que

sufrieron en dichos campos. Coincidieron la sentencia de instancia y la de apelación en negar a la demandante legitimación activa para la interposición de la acción al faltar en las manifestaciones denunciadas la referencia personal inherente a la difamación o desmerecimiento en la consideración ajena. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

3. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

7. Precontrato o promesa de préstamo. Inexistencia. Doctrina sobre el precontrato. Tratos previos.—La doctrina sobre el precontrato aparece plenamente consolidada, aunque se prefiera llamarle contrato preparatorio o preliminar, al ser en sí mismo ya contrato, su contenido el obligarse a celebrar otro posterior, consistiendo su especialidad, cual señala la sentencia de 16 de octubre de 1965 «en que a lo que las partes se comprometen es a celebrar un futuro contrato sobre las líneas del primero que por ello mismo fue calificado de auténtica ley de bases del siguiente, pero cuya fuerza vinculante debe quedar atemperada a la que se deriva de su propia esencia, consistente en obligarse a obligarse», de tal forma que desde la sentencia de 11 de noviembre de 1943 ya se señala la diferencia entre contrato preliminar y el que se celebre en cumplimiento del mismo, permitiéndose desde la de 1 de julio de 1950 el cumplimiento forzoso con la sustitución de la voluntad del obligado por la del Juez, circunscribiendo el derecho a indemnización para el supuesto de que el contrato no se pueda cumplir (SS. de 2 de febrero de 1959 y 26 de marzo de 1965); lo que ocurre es que en el caso que nos ocupa no hubo acuerdo sobre las bases esenciales para un futuro contrato, pues el objeto de éste es una obligación, el contenido de la obligación una prestación, y el objeto de ésta el dar, hacer o no hacer alguna cosa, elementos que tienen que estar claramente determinados o ser susceptibles de determinación, al menos en lo fundamental, con pleno acuerdo de voluntades sobre ello, para que exista contrato preliminar, dado que no concurriendo los requisitos esenciales que señala el artículo 1261 del Código civil, sólo se está en presencia de tratos previos.

Indemnización de daños y perjuicios.—Las conversaciones y proyectos no llegaron a concretarse ni en definitiva recayó sobre los mismos la total aquiescencia de las partes, no existiendo al respecto verdadera prestación de consentimiento con la finalidad expresa de obligarse mutuamente en virtud de vínculo jurídico efectivo y real, no llegando a nacer siquiera el contrato preliminar, razón que impide derivar de ello daños y perjuicios, pues lo manifestado por una parte *no vincula a la otra mientras no lo reciba y pacte de consumo*, o, como dice la sentencia de 20 de enero de 1983, la existencia y validez de un contrato es un presupuesto indeclinable para sobre esa base sostener incumplimiento, siendo preciso además que de los hechos reconocidos se acredite la voluntad contractual en torno a los mismos, es decir, la relación o ligamen de los presuntos contratantes, pues la *perfección de un contrato tiene lugar no por la simple oferta de una de las partes, sino por la concurrencia con ella de la aceptación de la otra parte a quien va aquélla dirigida*. (STS 13 de diciembre de 1989; no ha lugar).

HECHOS.—El Ayuntamiento de Granada demandó indemnización de daños y perjuicios a la Caja Rural de la propia ciudad, al entender incumplido por ésta un precontrato o promesa de préstamo. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la pretensión, considerando que sólo habían existido conversaciones previas, meros propósitos o proyectos, sin llegar a constituir convenio vinculante que pudiera justificar la indemnización postulada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (E.B.M.).

8. Reconocimiento de deuda.—El reconocimiento de deuda no es una figura típica en nuestro ordenamiento. Sin embargo, es un contrato admitido por nuestra jurisprudencia (SS. TS. 13 de junio de 1945, 8 de marzo de 1956, 26 de octubre de 1962) en virtud del cual se considera como existente una deuda contra el que reconoce y que da nacimiento a una obligación con sustantividad propia. Encuentra amparo en el artículo 1277 del Código civil que presume que el contrato tiene causa y que ésta es lícita mientras el deudor no demuestre lo contrario.

Carga de la prueba.—El artículo 1214 del Código civil señala que «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opondrá». El acreedor prueba su derecho si presenta el reconocimiento de deuda. No debe demostrar su causa al estar amparado por el artículo 1277 del Código civil. Es, el deudor, el que debe demostrar que el reconocimiento de deuda no tiene causa o, que ésta, es ilícita.

Prueba mediante presunciones.—No hace falta acudir a la prueba de presunciones (arts. 1249 y 1253 Cc) cuando el documento de reconocimiento de deuda es, de por sí y de forma directa, medio de prueba bastante para demostrar la existencia de dicha deuda.

Costas procesales.—De acuerdo al artículo 523 párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cada parte abonará sus costas procesales y las comunes por mitad de la primera instancia si la estimación o desestimación de las pretensiones fueron parciales, a no ser que existan méritos para imponerlas a una de las partes por haber litigado con temeridad. El demandante reclamó intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda y la sentencia de la Audiencia Territorial condenó desde la fecha de la sentencia. Hubo estimación parcial de la pretensión y no se apreció existencia de temeridad. (STS 15 de febrero de 1989; ha lugar parcialmente)

HECHOS.—Don B. L. G. firmó un pagaré en el que reconocía una deuda a don V. H. M. Parece que el demandante le había prestado, progresivamente, determinadas cantidades de dinero que alcanzaron la suma de 20 millones de pesetas. El demandante reclama los 20 millones de pesetas, intereses legales desde la interposición de la demanda y condena a costas. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó la sentencia de instancia y condenó al pago de los 20 millones de pesetas, intereses legales desde la fecha de la sentencia y condena de costas de la Primera Instancia. Los demandados (herederos del que

reconoció la deuda) interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo casó, únicamente, en materia de costas procesales de la Primera Instancia y, no las impuso expresamente. Tampoco impuso expresamente las de la apelación. No casó el resto de la sentencia. (N.F.P.)

9. Interpretación de los contratos.—Compete a la Sala de Instancia y su resultado no puede ser atacado en casación, salvo se acredite que este aparece como ilógico o contrario a la Ley, sentencias entre otras muchas, de 4 de mayo de 1984, 18 de enero y 26 de diciembre de 1985, 19 y 24 de febrero de 1986 y 17 de mayo de 1988. Principio básico de la hermenéutica contractual es la averiguación de la efectiva voluntad común de las partes, prevaleciendo la intención de los contratantes frente a las palabras utilizadas en caso de discordancia entre unas y otras.

La agrupación de dos fincas para formar una nueva en la cual se explotaba un negocio en común, unida a la simultánea venta hecha por uno de los copropietarios en favor del otro de su participación en el negocio con todas sus instalaciones y elementos industriales, constituyen hechos relevantes para deducir la verdadera voluntad de los contratantes. (STS 24 de mayo de 1989; no ha lugar).

HECHOS.—Mediante documento privado un hermano vende a otro la mitad indivisa del negocio que ambos venían explotando en común, lo cual suponía entre otros bienes y derechos, la mitad indivisa de una finca, en cuya descripción se omitió un trozo de terreno sobre el cual se había construido una nave industrial. La viuda del adquirente demanda al vendedor al objeto de que se declare que la finca vendida era la resultante de una agrupación practicada con fecha anterior a la celebración de la compraventa, comprendiendo en consecuencia la porción omitida en la relación de fincas así como también la obligación a cargo del demandado de elevar a escritura pública el documento privado suscrito. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial estimó la apelación de la demandante en primera instancia. No prospera el recurso de casación (L.M.L.F.)

10. Existencia de obligación solidaria.—Según viene proclamando con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, para estimar la existencia de la obligación solidaria no es necesario que se emplee precisamente este término, sino que aparezca evidente la voluntad de los contratantes de prestar o pedir íntegramente la cosa que es su objeto, bastando que dicha voluntad se manifieste.

Identidad de fin de las prestaciones y solidaridad.—Aunque los créditos de los particulares deudores puedan desarrollarse hasta cierto grado con independencia, permanecen, no obstante unidos entre sí a través de la identidad de fin de las prestaciones, que es el estar destinadas en común a la satisfacción del interés del acreedor, cual sucede cuando existe una comunidad jurídica de objetivos entre las prestaciones de los diversos deudores, al manifestarse una íntima conexión entre ellas, pudiendo ser demostrada su concurrencia por el conjunto de antecedentes denotadores de que ha sido realmente querido por los interesados aquel resultado económico.

Liquidez de la obligación y mora.—La jurisprudencia de esta Sala se inspira en el principio de *in iliquidis non fit mora*, por lo que no procede hacer condena al pago de intereses legales tratándose de obligaciones dinerarias en el caso de que no hubiesen sido expresamente pactados, cuando la cantidad a cuya entrega se condena, no sea exigible por estar perfectamente determinada y tener el carácter de líquida, no incurriendo tampoco en mora el deudor cuando la cantidad concedida es inferior a la reclamada.

Imposición de las costas procesales.—El criterio objetivo del vencimiento en materia de las costas procesales causadas en el litigio sólo es de aplicación, dando lugar a la imposición de aquellas, cuando los pedimentos de la parte hayan sido totalmente rechazados, mientras que cuando la estimación o desestimación fuesen parciales, cada parte abonará las costas causadas a su instancia, y las comunes de por mitad, a no ser que hubiera méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad. (STS 19 de julio de 1989; no ha lugar) (J.A.L.)

HECHOS.—J. H. P. en su propio nombre y en nombre de varias empresas contrata los servicios profesionales de L. R. G., abogado y economista. Este reclama sus honorarios profesionales solicitando que sean condenados solidariamente tanto J. H. P. como las empresas a las que prestó sus servicios, reclamando además intereses legales por la cantidad adeudada desde la fecha de presentación de la demanda. En Primera Instancia se estima parcialmente la demanda, condenando a los demandados con carácter solidario, al pago de una suma inferior a la reclamada, así como a los intereses producidos desde la presentación de la demanda y a las costas causadas. Dicha sentencia es confirmada íntegramente en apelación y recurrida en casación por una de las empresas demandadas que discute el carácter solidario de la obligación de pagar honorarios, la condena a los intereses desde la presentación de la demanda y la condena en costas. El Tribunal Supremo estima el recurso en lo referente a los intereses y a las costas procesales, desestimándolo en lo restante.

11. Cláusula penal. Existencia. Lo es la cláusula contractual de aseguramiento de la obligación principal y ejecución para el supuesto de incumplimiento.—«...El juzgador de apelación ha distinguido perfectamente entre “cláusula penal” y “garantía bancaria de buena ejecución del contrato” ...Esta garantía (la cláusula penal) es de funcionamiento independiente al de la penalización... para el supuesto de retraso en la recepción provisional...»

...A su vez... en... la sentencia impugnada se dice: “el propio contenido de la cláusula octava (aseguramiento de la obligación principal y ejecución para el supuesto de incumplimiento), su compatibilidad con la penalización establecida en la cláusula décima, la concorde previsión de una y otra cláusula para supuestos de incumplimiento contractual, y la restricción de la cláusula décima a un concreto supuesto (retraso en la recepción provisional) frente a los variados supuestos previstos en la cláusula octava... *sirven de fundamento para que la Sala, aplicando los artículos 1284 y 1285 y concordantes del Código civil, estime que la mencionada cláusula octava constituye en realidad una cláusula penal...*» (F. D.º 6.º).

Cláusula penal. Requisitos para la facultad modificativa judicial: Incumplimiento o cumplimiento parcial del deudor y existencia de causas objetivas que impongan la moderación de la pena. Lo es la influencia de una situación de crisis económica imprevisible.—«...El Tribunal *a quo* no alude a esa “crisis” proyectándola sobre la exoneración del cumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista, sino que hace uso de dicho concepto precisamente para moderar la cuantía de la cláusula penal...» (F. D.º 5). (STS 2 noviembre de 1989. [Ponente señor Martín Granizo]. No ha lugar ninguno de los dos recursos interpuestos).

HECHOS.—Las sociedades Coyprosa y Acor, entablaron relación contractual el 10 de enero de 1974, interviniendo en la misma, la sociedad italiana Coming S. S. P. A. (como garante de las obligaciones contraídas por Coyprosa), y la polaca Polimex-Cekop. En virtud del citado contrato, Coyprosa se comprometía a suministrar a la demandada una planta azucarera, debiendo concluirse los trabajos de ingeniería civil del montaje e instalaciones en el período de 21 meses. Pactándose el precio de la obra en cierta cantidad de dinero, así como la constitución de un aval bancario en favor de Acor, por el 10 por 100 del citado precio, como garantía de cumplimiento, así como de que no se plantearan revisiones de precios, ni se produjesen paradas o ralentizase la marcha de la ejecución de las obras.

Declarada la quiebra de Coyprosa, la sindicatura de la misma, interpuso demanda en juicio declarativo de mayor cuantía contra la Sociedad Cooperativa Azucarera Onésimo Redondo (Acor), sobre indemnización por incumplimiento del contrato anteriormente referido, al quedar impagadas unas certificaciones de obra, solicitando igualmente que se declarase que la demandada carecía de facultades para exigir a Coyprosa el cumplimiento de sus obligaciones y la efectividad de las penalizaciones fijadas en el contrato. Se solicitaba igualmente que el demandado fuese condenado al pago de los trabajos no previstos en el contrato, a la devolución de las cantidades indebidamente obtenidas con la efectividad de los avales y afianzamientos prestados por el Banco Popular Español, al pago o devolución de los repuestos, maquinarias y demás enseres de los que la demandada se había apropiado, así como el resarcimiento de los daños ocasionados al actor consecuencia de la paralización empresarial y el expediente de suspensión de pagos. El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valladolid, dictó sentencia en 22 de septiembre de 1986 desestimando los pedimentos de la demanda interpuesta. Apelada dicha decisión, la Audiencia Territorial de Valladolid en sentencia de 28 de enero de 1988, revocando parcialmente la decisión de instancia, condenó a la demandada recurrida, al pago de cierta cantidad de dinero, correspondiente a uno de los pedimentos de la actora. En representación de Coyprosa se interpuso recurso de casación, articulado en cinco motivos, por infracción de los artículos 1203.1, 1282, 1593 y 1152.2 del Código civil. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto.

Igualmente la representación de la Compañía Azucarera interpuso recurso de casación, articulado en siete motivos, por infracción de los artículos 1154, en relación con los artículos 1152 y 1153, 1105, 1593 y 1253, todos ellos del Código civil.

NOTA.—Dentro de los requisitos para la aplicación del artículo 1154 y la posible moderación del *quantum* de la pena, el Tribunal Supremo, junto con la existencia de un cumplimiento irregular, o incumplimiento parcial del deudor, admite como igualmente moderador de la misma la existencia de circunstancias objetivas que impongan tal modificación. En tal sentido, el Tribunal Supremo estima que la crisis del petróleo, y la inflación de la misma derivada, encajan perfectamente dentro de tales circunstancias objetivas. (P.B.M.)

12. Incumplimiento culposo: moderación de la responsabilidad: equidad.—Como la sentencia de 20 de junio de 1989 declara, el artículo 1103 del Código civil es uno de los casos en que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 3.2 del Código civil resulta posible que las resoluciones de los Tribunales descansen en la equidad, pues esa posibilidad de moderar que recoge y sanciona dicho precepto se basa y fundamenta en la aplicación de la equidad, cuyo espíritu preside y justifica el precepto aunque en él no se mencione ni incluya dicho término.

Cláusula penal: moderación equitativa de la pena.—El artículo 1154 constituye más bien un mandato para el Juez al preceptuar y disponer el deber de moderar equitativamente la pena, pero en cuanto el propio precepto remite a la equidad es también una facultad de arbitrio en cuanto a la entidad de la «moderación», razón por la cual existe numerosa jurisprudencia de esta Sala que indica que esta facultad no es susceptible de recurso de casación por ser un juicio de equidad; en el presente caso el demandado cumplió una parte muy importante de su entera obligación, de modo que la no aplicación de la facultad moderadora daría lugar a un censurable enriquecimiento injusto, aparte de que existieron deficiencias ajenas a la empresa constructora y circunstancias concurrentes excepcionales cuales las lluvias muy persistentes en diciembre de 1976 y enero de 1979 (STS 19 de febrero de 1990; no ha lugar).

13. Contrato (atípico) de asunción de deuda.—Las partes celebraron un contrato de asunción de deuda, atípico en nuestro Derecho positivo y que, como tal, ha de regirse por los pactos establecidos por las partes y consentidos por el acreedor.

Novación extintiva y novación modificativa. Asunción (cumulativa) de deuda.—Como enseña la mejor doctrina, aunque dentro del sistema de nuestro Código civil, en cambio de deudor quiera construirse como novación, ésta no tiene que ser una novación extintiva, ya que la palabra novación no tiene en nuestro Código un significado riguroso, ni alude necesariamente a una extinción de la obligación, pudiendo significar simple modificación de ésta, sin olvidar que el efecto extintivo es, además, excepcional y no puede presumirse, exigiéndose al respecto una declaración expresa de las partes o una objetiva incompatibilidad de la situación nueva con la antigua. En definitiva, resulta que como consecuencia del contrato de asunción de deuda puede resultar una liberación del deudor antiguo (asunción liberatoria) o bien vinculación de ambos deudores frente al acreedor (asunción cumulativa). En el caso de autos, al estar subordinada la liberación del deudor primitivo al cumplimiento de las obligaciones que un tercero

asume, es evidente que no se trata de una asunción liberatoria, sino cumulativa. (STS 1 de diciembre de 1989, no ha lugar).

HECHOS.—Los pactos más relevantes del contrato son los siguientes: 1) A. de Montaña S. A. reconoce adeudar a H. Industrial S. A., por suministros efectuados la suma de 6.508.440 pesetas. 2) Venitel S. A. asume el pago de las cantidades adeudadas por A. de Montaña S. A. a H. Industrial S. A. mediante el siguiente mecanismo: Venitel S. A. se obliga a comprar a H. Industrial S. A. unas 120 toneladas anuales de granza de PVC, a precio de mercado incrementado en un uno por 100, efectuándose el pago en efectivo y por anticipado. En virtud de cada pedido, mediante el incremento de un uno por 100, más la bonificación por pago anticipado, se rebajará la deuda de A. de Montaña S. A., asumida por Venitel S. A. en un porcentaje igual al cinco por 100. 3) Las letras libradas por H. Industrial S. A. por importe de los citados 6.508.440 pesetas, aceptadas por A. de Montaña S. A. y avaladas solidariamente por F. F. C., en virtud de ese convenio quedan sin efecto en tanto que Venitel S. A. cumpla los compromisos adquiridos en virtud del mismo.

La sentencia declara probado que no hay constancia de que Venitel S. A. haya cursado ningún pedido de granza, ni tampoco de las causas por las que no lo haya hecho, constando asimismo que Venitel S. A. viene explotando en la actualidad el manantial de agua potable que había explotado con anterioridad A. de Montaña S. A., pero sin que haya prueba de que la demandada se haya subrogado en los derechos y obligaciones de esta última entidad.

Importa tener en cuenta que H. Industrial S. A. pide en la demanda contra Venitel S. A. la condena al pago de los 6.508.440 pesetas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta. La Audiencia Territorial revocó la sentencia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, señalando, entre otras cosas, que si Venitel S. A. es culpable del incumplimiento de las obligaciones contraídas, ello concede a H. Industrial S. A. una doble opción: ejercitar las acciones correspondientes a las cambiales que obran en su poder o reclamar a Venitel S. A. el cumplimiento en sus propios términos, pero en modo alguno a pedir, como hace en la demanda, el pago de la citada cantidad. (E.B.M.).

14. Preferencia de los créditos salariales. Interpretación extensiva del inciso «inmuebles a los que se incorpore el trabajo» del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980.—«...Alega que el título esgrimido por los demandantes, por ser posterior a la anotación de embargo de la demanda recurrente, debe ceder en favor del de esta última, motivo que debe ser rechazado en atención a las siguientes razones: Primera: Que esta Sala tiene declarado que los privilegios concedidos por el legislador a los créditos salariales, aplicados por la doctrina jurisprudencial con la amplitud de criterios que es propia de las acusadas situaciones a que responde (SS 27 de marzo de 1971, que, a su vez, hace cita de las de 16 de enero de 1968 y 29 de mayo de 1970), no sólo vienen proclamados en el Código civil (art. 1924, núm. 2 D, según modificación introducida por la Ley de 17 de julio de 1958), y en el Código de Comercio (art. 913.1 C),

sino muy especialmente en las disposiciones laborales, tal como resulta de los artículos 16 del Código de Trabajo de 21 de noviembre de 1931, 59 de su texto refundido de 26 de enero de 1944 y 32 de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976. Segundo: Que por su parte, el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores de 10 de marzo de 1980, o sólo prevé en el número 1 una preferencia de los créditos por salarios de los últimos 30 días de trabajo, en cuantía que no supere el del salario mínimo interprofesional con separación a cualquier otro crédito aunque se encuentre garantizado por prenda o hipoteca, sino también y especialmente, en su número segundo, establece una preferencia absoluta, sin limitación de tiempo en cuanto a su devengo de los créditos salariales, sobre cualquiera otros, respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario, habiendo sentado esta Sala, en sentencia de 27 de octubre de 1983, que la *ratio legis* de las garantías del salario y el consiguiente privilegio del trabajador no autorizan una interpretación puramente literal del artículo 32 de la Ley de Relaciones Laborales citada, sino que el espíritu y finalidad de la protección al obrero, manifestada en la realidad social a que atiende el Estatuto de los Trabajadores, imponen una interpretación correctora y extensiva de la expresión (en el original de la sentencia, corrección), «inmuebles a los que precisamente se incorpore su trabajo», que utiliza aquella disposición legal, y que permite comprender en su ámbito las naves industriales donde el asalariado desarrolla su actividad.» (STS 18 de diciembre de 1989, no ha lugar) (R.G.S.)

HECHOS.—Lorenzo Apellániz S. A. adeudaba a 23 trabajadores la paga extraordinaria de Navidad y los salarios correspondientes a dos mensualidades. Acudieron éstos para su cobro a la vía de apremio a resultas de la cual se embarga el edificio industrial de la empresa. La Hacienda Foral Guipuzcoa, a su vez, reclamaba a la empresa una importante deuda tributaria para cuyo cobro recurre igualmente a la vía de apremio. Se embarga el mismo edificio. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda de tercería de dominio interpuesta por los trabajadores, declarando la propiedad de éstos y la procedencia de la cancelación de la anotación extendida a favor de la Hacienda Foral. La Audiencia Territorial de Pamplona confirma la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por la Diputación Foral de Guipuzcoa.

15. Cláusula de opción de compra.—La consumación de la opción depende de la decisión del optante que, realizada dentro del plazo, constriñe al concedente al cumplimiento, pero habiendo de referirse el cumplimiento de las obligaciones del contrato exigido por el optante al momento posterior a dicha exigencia y no al tiempo fijado para la opción. Según el condicionado a que se obligó al optante, debía, aparte de ejercitar su derecho dentro del plazo de tres meses, previo pago de la prima estipulada, satisfacer en el momento de ejercicio de la opción el precio de venta de la finca descrita, taxatividad, pues, tan elocuente que demuestra la inconsistencia de la actitud de la recurrente al demorar ese pago en razón a que por la concedente no se habían levantado las cargas.

Responsabilidad por incumplimiento.—No cabe accionar en pos de la misma frente al otro contratante cuando el accionante, a su vez, no acreditada haber cumplido su prestación lo que, desde luego, no aconteció en caso alguno, pues siempre el actor demoró su obligación de pago para luego que el cedente hubiera cumplido con lo prometido. (STS 9 de octubre de 1989, no ha lugar).

HECHOS.—El 11 de diciembre de 1985, se suscribió entre quienes después serían parte demandante y demandada un contrato de opción de compra de unos terrenos propiedad de la demandada los cuales a su vez le habían sido cedidos a esta última por el Ayuntamiento bajo condición de que en ellos se instalaría una industria de prefabricados de hormigón, habiendo de revertir en otro caso a la corporación municipal; esta carga, junto con dos hipotecas, se hallaba debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad, siendo intención de la optante instalar en la meritada finca una fábrica de muebles. El plazo establecido para el ejercicio del derecho concedido fue de tres meses, fijándose como precio de la opción el de 1.500.000 pesetas, las cuales serían deducidas del establecido para los terrenos en el supuesto de hacer el optante debido uso de su derecho. Como precio de la compra-venta se estipuló el de 50.000.000 de pesetas (aún existiendo cierta contradicción en este punto en el texto de la sentencia, irrelevante en orden al sentido del fallo), cantidad que la sociedad optante había de satisfacer de una sola vez en el momento del ejercicio de la opción y necesariamente dentro del plazo señalado, estipulándose asimismo que simultáneamente a tal ejercicio se otorgaría la correspondiente escritura pública de compra-venta, levantando la cedente en el mismo acto cuantas cargas afectaren o gravaren el inmueble.

En el último día del plazo, la actora manifiesta en acta notarial que ejercita la opción sin pagar el precio debido a que no se han levantado las cargas existentes sobre la finca y a partir de entonces ambas partes efectúan actuaciones ante el Ayuntamiento con la finalidad de que éste elimine la limitación de destino de la finca en la cual la optante venía realizando actividades industriales de fabricación de mobiliario ya desde antes de vencer el plazo establecido para ejercitar su derecho.

El Ayuntamiento acuerda levantar la limitación pero con la simultánea reversión de parte de los terrenos, en los cuales se encontraban instalados unos depósitos de agua, así como de tales depósitos. La optante requiere a la concedente para que se otorgue la correspondiente escritura pública y posteriormente plantea demanda ante el Juzgado de Primera Instancia en solicitud de que se declare eficazmente ejercitado el derecho de opción así como obligación existente a cargo de la demandada de cancelar cuantos gravámenes figuren inscritos en el Registro sobre la finca, otorgando la correspondiente escritura de compra-venta, en cuyo momento la actora deberá satisfacer la cantidad pendiente del precio pactado. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo y el Tribunal Supremo desestima el Recurso de Casación. (L.M.L.F.)

16. Compraventa de inmuebles: resolución por incumplimiento: cuestión de hecho.—Es doctrina reiterada que la determinación del incumplimiento contrac-

tual fundamentador de la resolución del contrato, es una cuestión fáctica, cuya apreciación es privativa del Tribunal de Instancia, que ha de ser mantenida en casación en tanto no se impugne eficazmente por la vía del número 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que sea lícito proponer un nuevo examen de las pruebas a través de un recurso por infracción de las normas del ordenamiento jurídico.

Requisitos.—La facultad resolutoria que otorga el artículo 1504 del Código civil requiere la existencia de un incumplimiento por el comprador de la principal obligación que para él surge del contrato de compraventa, requisito que ha sido matizado en el sentido de que no se requiere una actitud dolosa del comprador, que es a lo que apunta la frase «actitud deliberadamente» al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar las legítimas aspiraciones de la contraparte siempre que tal conducta del incumplidor no represente dejar de cumplir prestaciones meramente accesorias o complementarias; además es necesaria la concurrencia de una voluntad resolutoria del vendedor manifestada judicial o notarialmente, a través del oportuno requerimiento.

Naturaleza del requerimiento.—Discutida por la doctrina científica la naturaleza jurídica y efectos del acto de requerimiento, que para un sector se configura como una intimación al pago con resolución *ex lege* si éste no se produce, mientras que para otros autores se trata de una notificación resolutoria obstativa al pago, sin intimación para que éste se produzca, esta Sala tiene declarado que no hay ninguna objeción jurídicamente atendible en nuestro Derecho que impida calificar el requerimiento del artículo 1504 del Código civil como un acto jurídico complejo integrado en su fin principal, por una declaración unilateral de voluntad —a la que la ley anuda un efecto resolutorio contractual— condicionada; es decir, en la que la finalidad última se condicione o se subordine al pago por el deudor comprador (SS. 1 de junio de 1987 y 8 de febrero de 1988).

Hay incumplimiento.—Pueden calificarse de argumentos dilatorios que patentizan el incumplimiento prolongado en el tiempo la alegación por el comprador de falta de concreción en el requerimiento de la cantidad adeudada, la cual no podía desconocer por las reiteradas reclamaciones que en forma privada se le habían formulado y que, en todo caso, pudo conocer con el uso de una mediana diligencia, así como la relativa al lugar en que se hizo el requerimiento, pues está acreditada la recepción de esa voluntad resolutoria por la recurrente ya la contestación dada por su hijo como mandatario verbal suyo, calidad con la que había intervenido reiteradamente frente a la actora. (STS 24 de febrero de 1990, no ha lugar) (G.G.C.).

17. Los requisitos del artículo 1504 del Código civil.—El impago y el tiempo transcurrido son de tal entidad que se puede afirmar que concurren los requisitos del artículo 1504, que la clásica jurisprudencia aplica a los casos de «voluntad deliberadamente rebelde» y las últimas sentencias (12 de mayo de 1988 y 2 de junio de 1989), mitigando el rigor del lenguaje, que parecía identificable con el

impago doloso, aplica también a los casos en que se da el hecho objetivo del impago, la quiebra de la finalidad económica del contrato, el impago duradero, prolongado, injustificado. (STS 26 de abril de 1988, 29 de febrero de 1988 y 8 de febrero de 1989).

El incumplimiento resolutorio y la cesión de derechos por el comprador.—Si las partes han aceptado la sustitución del comprador con las mismas obligaciones que la persona por quien entró en la relación contractual, ha de admitirse que el pago pudo efectuarlo cualquiera de las mismas, que la obligación de pagar continúa incumplida y que el retraso tiene indudable carácter prolongado.

La falta de otorgamiento de escritura pública no obsta la resolución cuando con anterioridad se ha producido el incumplimiento.—No excusa el deber de pagar la falta de escritura (STS 28 de abril de 1989), porque dicha falta sólo entraña incumplimiento cuando su otorgamiento es exigencia contractual a la que se subordina el pago.

El acto de conciliación y el requerimiento resolutorio.—El acto de conciliación es medio hábil para cumplir el requisito del requerimiento a que se refiere el artículo 1504 del Código civil y en cualquier caso, conviene tenerlo en cuenta en el presente, en el que hubo dos requerimientos acreditados de modo fehaciente coadyuva a valorar la conducta del comprador y a analizar si concurrió o no el incumplimiento generador de la resolución contractual. (STS 20 de diciembre de 1989, ha lugar).

HECHOS.—En 1979, la recurrente vendió a una sociedad anónima un terreno de su propiedad. En una de las cláusulas del contrato se estableció que el mismo podría elevarse a escritura pública a partir del mismo día de la firma del contrato. Posteriormente, la vendedora ante el evidente impago del precio pactado y para dar por resuelto el contrato de compraventa, requirió notarial y judicialmente (mediante acto de conciliación) a la sociedad compradora. Dos años más tarde, la sociedad cedió en escritura notarial a un tercero todos los derechos que le correspondían sobre el terreno. Un año después, el cesionario envió a la recurrente por conducto notarial una carta en la que le informaba de la cesión y la requería para que otorgase la correspondiente escritura. La vendedora rehusó otorgar dicha escritura.

NOTA.—En relación con los requisitos del artículo 1504 del Código civil puede verse GARCIA CANTERO, *Com. Edersa*, XIX (Madrid, 1980), pp. 429-435. Sobre los problemas que plantea la cesión de derechos se puede ver el comentario de CLAVERIA GOSALBEZ a la STS 23 de octubre de 1984, *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, número 6 (septiembre/diciembre 1984), pp. 2032-2034. (G.D.-P.G.).

18. La resolución prevista en el artículo 1504 del Código civil se produce en el momento en que la ejercita el vendedor. La sentencia únicamente da eficacia a la resolución.—La resolución contractual prevista en el artículo 1504 del Código

civil se produce en el momento en que el vendedor opta por ella y lo pone en conocimiento del comprador mediante una de las formas previstas en ese artículo (requerimiento notarial). El fallo judicial sólo es necesario cuando el afectado por la resolución se niega a sus consecuencias y, únicamente, da efectividad a la resolución ya ejercitada. Prueba de ello es que el Juez no puede conceder al comprador nuevo término para el pago.

Intervención de terceros en el proceso. Legitimación pasiva.—Los contratos producen efectos entre los contratantes de acuerdo al artículo 1257 del Código civil. En caso de que el contrato produzca efectos indirectos, reflejados o «prejudiciales» (sic) a terceros su intervención en el litigio no es necesaria. No hay *litis consorcio pasivo necesario*. Sin embargo, pueden entrar en el proceso con carácter adhesivo. Así, SS TS 16 de diciembre de 1986 y 22 de abril de 1987.

Legitimación activa.—No se infringe el artículo 533, número segundo, de la ley de Enjuiciamiento Civil y por tanto no hay falta de acción y derecho si el recurrente reconoció la «personalidad» de la demandante en el documento de 29 de abril de 1985.

Error en la apreciación de la prueba.—La casación no es una tercera instancia en la que se puedan aportar nuevas pruebas. Sólo cabe, a efectos de la valoración de la prueba, examinar los documentos que se aportaron para determinar si de forma clara y limpia (litosuficiencia) se desprende el dato que el recurrente pretende introducir. La interpretación de los contratos pertenece a la Sala de Instancia. (STS 9 de marzo de 1989; no ha lugar)

HECHOS.—Se celebró el 19 de diciembre de 1983 compraventa de un establecimiento industrial (restaurante «Luna Park») con precio a plazos. El comprador tomó inmediata posesión. El comprador no pagó el segundo plazo. Ante ello, el 29 de abril de 1985 se convino prórroga de 45 días para el pago y una cláusula resolutoria. Al volver a impagar el comprador, el vendedor resolvió el contrato. La resolución fue comunicada al comprador por medio de requerimiento notarial el 26 de julio de 1985. El vendedor demandó pidiendo que se condenase al comprador a la resolución de la compraventa por incumplimiento, entrega de la posesión del establecimiento industrial vendido, indemnización y costas procesales. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó la sentencia, modificándola, únicamente, en la determinación de la indemnización. El comprador interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo no casó. (N.F.P.).

19. Cancelación de la traba de embargo. Conocimiento del comprador.—El comprador de unos bienes que, posteriormente, son objeto de traba de embargo por continuar a nombre del vendedor en el Registro de la Propiedad sólo puede tener constancia de la liberación de dicha traba de embargo a través del Registro de la Propiedad. El comprador no es parte en el procedimiento ejecutivo.

Relación entre los artículos 1124 y 1504 del Código civil.—Es reiterada la doctrina jurisprudencial que señala que el artículo 1504 del Código civil es tributario

del artículo 1124 del Código civil de forma que, para la válida resolución del contrato es necesario no sólo la existencia de requerimiento judicial o notarial, sino además, y en todo caso, que el demandado tenga voluntad rebelde, reacia, obstativa y pertinaz al cumplimiento de lo convenido que, por su trascendencia, haga imposible o gravoso el cumplimiento de la finalidad contractual. Esa conducta no puede compensarse por el incumplimiento anterior o simultáneo de quien ejercita la acción. Así sentencias del Tribunal Supremo de 2 diciembre de 1985, 8 de mayo de 1987, 27 de noviembre de 1987, 28 de febrero de 1988, 25 de octubre de 1988, etc.

El artículo 1502 del Código civil y embargo de bienes.—Dentro del espíritu del artículo 1502 del Código civil cabe incluir la traba de embargo dada la semejanza de la misma con la figura de la hipoteca, figura expresamente mencionada en dicho artículo. La traba de embargo, al igual que la hipoteca, supone, en potencia, un peligro perturbatorio en relación a la posesión pacífica de la cosa adquirida.

No existencia de voluntad rebelde que frustre el fin de contrato.—El peligro de la traba de embargo, aunque exista promesa del vendedor de cancelarla, junto con la excepción de contrato incumplido, como puso de manifiesto el comprador al requerir notarialmente el levantamiento de la traba, hace que pueda asegurarse que el retraso del comprador en el pago del resto de precio no constituye esa voluntad rebelde, obstativa y pertinaz al cumplimiento de lo convenido, ni tampoco que se haya frustrado la finalidad contractual. Requisitos para la aplicación del artículo 1124 del Código civil. (STS 21 de marzo de 1989; ha lugar)

HECHOS.—Se celebró en documento privado contrato de compraventa de tres locales comerciales. El comprador pago una parte del precio, garantizó el pago del resto con cuatro letras de cambio y entró en posesión. La venta se elevó a escritura pública consignándose una cláusula resolutoria para el caso de impago de cualquier plazo. El comprador no pagó la cuarta letra de cambio con vencimiento de 15 de mayo de 1981 sobre la que parece que hubo algún convenio transaccional. Tampoco pagó la letra de cambio correspondiente a los intereses. En el Registro de la Propiedad las fincas seguían inscritas a nombre del vendedor. El 30 de junio de 1981 se anotó en el Registro de la Propiedad traba de embargo que fue cancelada el 8 de enero de 1985. El 20 de octubre de 1983, antes de la cancelación de la traba de embargo, el vendedor resuelve el contrato mediante requerimiento. El 7 de febrero de 1983 el comprador requiere al vendedor que levante el embargo como requisito previo al pago del resto del precio. El vendedor demanda la resolución del contrato. El comprador reconvino pidiendo que se cancelara la traba de embargo e indemnización. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda y la reconvención. La Audiencia Territorial revocó la sentencia y estimando la demanda declaró resuelto el contrato. En cambio, desestimó la demanda reconvencional y confirmó en ese aspecto la sentencia de instancia. El comprador interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo casó la sentencia de la Audiencia y confirmó la de instancia. (N.F.P.).

20. Contrato de obra: defectos de la construcción: pluralidad de acciones que pueden ejercitar el dueño de la obra y el comprador de la vivienda.—Siendo ciertos los defectos constructivos y que su causante fue la promotora recurrente, ya sea con base en la doctrina general de los contratos o en el artículo 1591 del Código civil ha de prosperar la acción, pues el propietario de una vivienda, mientras las acciones perviven, tiene cauce adecuado y puede exigir el exacto cumplimiento de lo pactado por la vía de la *actio ex stipulato* o por la vía del 1101 pidiendo la reparación del objeto mal hecho para que se ponga en estado de servir al fin para el que se adquirió, que es la causa económico-jurídica del contrato, o puede denunciar sus deficiencias, ruina real o funcional, por el cauce del artículo 1591, que amplía generosamente la jurisprudencia para superar los estrictos límites de los vicios ocultos contemplados por el artículo 1484.

«Iura novit curia»: incongruencia.—No se da la incongruencia cuando el Juzgado o la Sala acuden al principio *iura novit curia*, pues versando el proceso sobre supuestos de hecho a los que se aplican normas de derecho sustantivo, éstas se aplicarán aunque las partes las ignoren siempre que faciliten al Juez los hechos y supliquen concretas peticiones, salvo que la aplicación de una norma no invocada provoque la indefensión en quien no puede pensar en los argumentos que signifiquen su inaplicación. (STS 9 de febrero de 1990; no ha lugar) (G.G.C.).

21. Valoración de la prueba pericial.—Los artículos 1281 a 1289 del Código civil contienen normas acerca de la interpretación de los contratos, para facilitar o posibilitar el conocimiento de la verdadera intención de los contratantes, pero no articulan regla alguna acerca de la valoración de la prueba pericial, que se halla contenida en el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo precepto encomienda tal valoración a la sana crítica de los juzgadores de la instancia y, por ello, como norma general, queda sustraída a su revisión en esta vía casacional.

Contenido del contrato de arrendamiento rústico.—El arrendamiento, en el que tiene su base u origen el reconocido derecho del arrendatario a acceder a la propiedad de las fincas, de naturaleza exclusivamente agrícola pecuaria (pastos para ganado), en el mismo no se comprenden, al no haberse probado la existencia de pacto expreso en tal sentido, los aprovechamientos forestales de las fincas. (STS 20 de julio de 1989; no ha lugar) (E.S.M.).

HECHOS.—El recurso tiene su antecedente en un juicio especial de arrendamientos rústicos donde se declara el derecho del arrendatario a acceder a la propiedad de las fincas que tenía arrendadas, fijándose el precio de las mismas conforme a las normas de la legislación de expropiación forzosa en vía civil. Una vez fijado el precio, por su parte, la arrendadora obtuvo autorización administrativa para proceder a la tala o corta de la masa forestal existente en dichas fincas a lo que se opuso el arrendatario alegando que el precio fijado comprendía también la referida masa forestal. El Juzgado de Primera Instancia en un recurso de reposición confirma lo ya dictado en providencia y requiere a la arrendadora a otorgar escritura de venta de las fincas objeto de arrendamiento y abstenerse del derribo

de árboles en las fincas que van a ser objeto de venta. Acordándose, asimismo, que debe completarse el precio de transmisión de las fincas, con el valor de su masa forestal. La Audiencia Territorial estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por ambas partes y revocó parcialmente el auto impugnado y declaró que el precio fijado afecta al pleno dominio de las fincas objeto del litigio incluyendo en él, el futuro aprovechamiento forestal de las mismas, pero se le reconoce a la arrendadora el derecho de realizar las cortas y aprovechamientos de la clase dicha que se le autorice por la Administración de una sóla vez y en relación con el actual estado de la masa forestal existente.

22. Honorarios profesionales: prescripción de la acción para reclamarlos.—La calificación de la Sala de que una multitud de trabajos profesionales (...) implica la realización «de continuados trabajos» por parte del actor al servicio de los codemandados, hace imposible aplicar el módulo restrictivo del lapso prescriptorio a una etapa o porción de los mismos, cuando por su misma índole supone que en momento alguno relevante, se dejó de aportar el quehacer intelectual del demandante en el logro del objetivo económico de la prestación concertada (...), por lo que sólo al término de la relación contractual se inicia el *dies a quo* de esa prescripción trienal.

Moderación judicial de las minutas: necesidad de aportar una minuta detallada por conceptos y cantidades.—Dada la peculiar naturaleza de este contrato de arrendamiento de servicios profesionales, la existencia de esa minuta detallada no es una exigencia ineludible, cuando existen pruebas y circunstancias explicativas de la índole de los trabajos y, por tanto, de la ajustada sujeción de los mismos a los módulos de valoración económicos por parte de los tribunales y cuya cuantificación tampoco puede reajustarse en esta vía extraordinaria casacional.

Alcance de las Normas Colegiales.—La consideración de las Normas Colegiales sobre el abono de los honorarios profesionales, las tuvo en cuenta la sentencia de primer grado como indicativas de porqué alcanzaba el importe exacto de la pretensión demandada, sin que ello impidiese que fuera la valoración del conjunto profesional del quehacer del actor, lo que fundó esa decisión, luego confirmada por la Audiencia, que sólo afirma que aquella cuantificación era ajustada, en lo esencial, a las citadas Normas Informativas del Colegio y, por ello, no vinculantes. (STS 12 de febrero de 1990; no ha lugar).

HECHOS.—Los recurrentes fundaban su oposición a la sentencia que les había condenado al pago solidario de la minuta, alegando: 1) que por el transcurso de los tres años previstos en el artículo 1967 del Código civil habían prescrito las acciones del Letrado para reclamar sus honorarios, 2) además, que el órgano judicial *a quo* debió hacer uso de su facultad moderadora de las minutas no detalladas y excesivas, 3) que no se aplicaron correctamente las Normas Colegiales vinculantes sobre el abono de honorarios profesionales. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. (G.D.-P.G.)

23. Representación sin poder. Eficacia retroactiva de la ratificación. Anotación preventiva de embargo. Tercería de dominio.—El problema jurídico que se plantea en el recurso es el de si la ratificación por escritura pública de 20 de septiembre de 1982 del contrato de cesión de bienes celebrado entre la entidad tercerista, Ensidesa y la codemandada H.M.F.P. S. A., instrumentado en escritura pública de 19 de octubre de 1981, produce efectos retroactivos no sólo entre las partes contratantes, sino también, respecto de terceras personas no intervinientes en aquél y, en consecuencia, si las anotaciones preventivas de embargo a favor de la Hacienda Pública realizadas antes de la ratificación del contrato dispositivo afectan al derecho de propiedad así transmitido. Es doctrina reiterada de esta Sala, recogida en numerosas sentencias, la de que, tanto en el caso del artículo 1259.2 del Código civil como en el caso del artículo 1727.2 del mismo cuerpo legal, la posterior ratificación del contrato tiene eficacia retroactiva entre las partes contratantes, con lo que sus efectos se entenderán válidos y plenamente existentes al momento de la celebración por el representante del negocio en cuestión; ahora bien, tal eficacia retroactiva no puede afectar a los terceros que durante el tiempo de pendencia del contrato dispositivo adquirieron del primitivo dueño algún derecho incompatible con la nueva propiedad, y así se reconoce por la doctrina científica y se desprende de la jurisprudencia de esta Sala, que, en sentencia de 31 de enero de 1978, funda el reconocimiento de efectos retroactivos a la ratificación en la prioridad de ésta sobre el embargo practicado, al decir «en cuanto que la ratificación tuvo lugar, sin que hubiera mediado revocación alguna antes de que se dictase el mandamiento de embargo, con la inevitable eficacia retroactiva al momento de la celebración del contrato», de donde se sigue que la ratificación posterior al madamiento de embargo y su anotación preventiva en el Registro de la Propiedad no producirá efectos con carácter retroactivo frente al acreedor que obtuvo el embargo. En este sentido se pronuncia la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de marzo de 1953, estableciendo «que la escritura de cesión otorgada sin que a la sazón constara en documento público el poder de representación de uno de los cesionarios, según lo dispuesto en los artículos 1280.5 del Código civil y 3 de la Ley Hipotecaria, no puede perjudicar, a efectos registrales, al anotante por embargo que obtuvo la protección señalada por el artículo 44 de dicha ley, porque aquel documento careció en su origen de plena eficacia jurídica, como aparece de la primera calificación y, por cuanto la escritura de ratificación fue presentada en el Registro y se solicitó la conversión de la anotación preventiva con efectos referidos al primitivo asiento de presentación, quedó de manifiesto la falta de poder con que se otorgó la primera escritura y, en su consecuencia, había conseguido prioridad la anotación del embargo decretado en juicio ejecutivo contra el cedente», y si bien tal resolución no tiene el carácter de doctrina legal, es plenamente asumible. Por todo ello, al no haber reconocido la Sala de instancia efectos retroactivos a la ratificación del contrato de cesión de bienes frente al tercero que, previamente, había obtenido anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad sobre el bien inmueble cedido objeto de la tercería, no ha infringido los artículos 348 del Código civil en relación con el artículo 42 de la Ley Hipotecaria y disposiciones complementarias y doctrina y jurisprudencia aplicables, ni resultan conculcados los artículos 1259 del Código civil en relación con los 1313, 1727 y 1892 del mismo Código.

Ratificación. Inexistencia de ratificación tácita.—Se pone de manifiesto que el Consejo de Administración adoptó en 4 de marzo de 1982 el acuerdo de autorizar la realización de determinados actos en relación con el inmueble objeto de la tercería y de facultar a determinadas personas para otorgar los documentos públicos o privados necesarios para ello. Ahora bien, tales acuerdos constituyen la formación de la voluntad de la citada sociedad anónima por su órgano de representación colectivo, el Consejo de Administración, voluntad que no puede considerarse como ratificación del contrato de cesión de bienes contenido en la escritura pública de 19 de octubre de 1981, ya que no fue exteriorizada mediante la oportuna declaración hasta el 20 de septiembre de 1982 en que se otorgó la escritura de ratificación, ni tampoco puede calificarse la adopción de los referidos acuerdos como actos concluyentes constitutivos de una ratificación tácita, ya que es de esencia de los mismos su proyección exterior produciendo un cambio que tiene importancia para el derecho, lo que no puede predicarse de la voluntad no exteriorizada ya sea de una persona física o jurídica y aunque en este caso tal voluntad sea conocida por todos aquellos que contribuyeron a formarla; por otra parte, la conclusión que de dicho documento extrae la recurrente, resulta contradicha por la escritura pública de 20 de septiembre de 1982 en que, de forma expresa, la recurrente ratifica el repetido contrato de cesión de bienes concertado en su nombre, demostrativa, por tanto, de que ella misma no consideraba suficiente a tales efectos los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración.

Tercería de dominio.—La viabilidad de la pretensión ejercitada mediante la tercería de dominio requiere que la justificación documental del tercerista sea referida a la fecha en que se realizó el embargo causante de la privación posesoria de la propiedad del bien embargado, por ser en tal momento cuando se produce la perturbación; por ello, practicada la diligencia de embargo y la expedición del mandamiento y su anotación en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la escritura de compraventa, el derecho de dominio no puede resultar debilitado por el embargo que tiene acceso al Registro con posterioridad al otorgamiento de la escritura de compraventa, habida cuenta de que la anotación preventiva de embargo no tiene rango preferente sobre los actos dispositivos anteriores a la fecha de la anotación ni el favorecido por ésta goza de la protección de la fe pública registral porque aquellos actos anteriores no estén inscritos, ya que el embargo de bienes del deudor sólo puede recaer sobre los que realmente posea y que estén incorporados a su patrimonio en tal momento. (STS 12 de diciembre de 1989; no ha lugar).

HECHOS.—El 19 de octubre de 1981 se otorga escritura pública por la cual H.M.F.P. S. A. adjudica y transmite varias fincas (entre ellas la que da lugar al litigio) a Ensidesa, en cuyo nombre y representación aseguró actuar don E.P.H., circunstancia que no acreditó documentalmente, por lo que el Notario hizo la oportuna advertencia a las partes. El 20 de septiembre de 1982 se otorga escritura pública por parte de Ensidesa en la que se ratifica, formal y expresamente, la comparecencia, actuación y firma en su nombre por parte de don E.P.H. en el otorgamiento de la escritura pública antes referida. La escritura de ratificación, en unión de la escritura

ratificada, fue inscrita en el Registro de la Propiedad el día 13 de octubre de 1982.

Por la recaudación de Tributos del Estado se siguió procedimiento ejecutivo de apremio contra la entidad H.M.F.P. S. A., librándose los oportunos mandamientos de anotación preventiva de embargo sobre la finca litigiosa, que fueron presentados en el Registro de la Propiedad los días 8, 25 y 31 de mayo de 1982, y respectivamente anotados, en el mismo Registro, los días 6, 7 y 8 de septiembre de 1982. Ensidesa instó una tercera de dominio. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Territorial desestimaron la demanda. (E.B.M.).

24. Validez de la actuación del apoderado para afianzar.—«...Que el firmante de la carta de afianzamiento, en nombre del recurrente, era empleado de la sociedad recurrente, en cuyo nombre prestó la garantía... y Consejero Director apoderado de la misma... en el instante de suscribir el afianzamiento... y que el poder utilizado por el firmante... incluía en origen, entre las facultades de administración y gestión de los asuntos de la poderdante al lado de la suscripción de documentos de giro y solicitud de garantías, la de constituir fianzas y depósitos, lo que patentiza la improcedencia de resistir la prestada en este caso...» (F.D. 1.º).

Dualidad deudor principal-fiador. Eficacia de la carta de afianzamiento.—«...Se pretende un acotamiento del sentido propio y literal de lo convenido, que sólo habla del cobro, sin más, del buque exportado, parte de cuyo precio había sido abonado... mucho antes de que la sociedad acreedora entablase su acción para el cobro de la suma afianzada...» (F.D. 3.º). (STS 16 de octubre de 1989. [Ponente: señor Casares]: el TS declara no haber lugar al recurso interpuesto).

HECHOS.—Las presentes actuaciones tienen su origen en el procedimiento sobre reclamación de cantidad, iniciado mediante el correspondiente declarativo de mayor cuantía, a instancia de «A. Pérez y Compañía S. A.» contra «Lasa Hermanos y CIA S. A.» como fiador. Alegando el demandado la ineficacia de la carta de afianzamiento suscrita en su nombre, por quien estimaban carecía de poder para otorgarla. En ambas instancia (S.J.PI de Bilbao de 22 de enero de 1985, y A. T. Bilbao de 31 de diciembre de 1987) fueron estimados los pedimentos de la parte actora, condenando a la entidad demandada al pago de la cantidad reclamada. En representación de los demandados se interpuso recurso de casación, articulado en cuatro motivos y alegando básicamente la infracción de los artículos 76 de la Ley de S. A., así como los 1223, 1114 y 1830 del Código civil. (P.B.M.).

25. Fianza solidaria.—Existe fianza solidaria cuando así se deduce de las circunstancias en que se pactó y de sus propios términos. Además, al ser dos entidades dedicadas al comercio las que pactaron la fianza debe considerarse la misma como mercantil y, por tanto, como solidaria, según lo entiende la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia (SS TS 4 de diciembre de 1950, 7 de diciembre de 1968, 26 de abril de 1969 y 16 de abril de 1970). Ese carácter solidario encuen-

tra apoyo en el artículo 3.1 del Código civil, en el auge que tiene la obligación solidaria en otros ámbitos jurídicos (seguros, obligaciones extracontractuales) y, permite una mayor seguridad jurídica, dada la necesidad de garantías firmes que necesitan las transacciones mercantiles. Todo ello, sin olvidar que, otra corriente jurisprudencial niega que la fianza mercantil tenga carácter solidario en nuestro ordenamiento jurídico.

Pretensión del comitente.—El ejercicio del correspondiente derecho impide su caducidad o prescripción y el comitente ejercitó su pretensión (reclamación mediante acto de conciliación) dentro de los cinco años pactados. Si el comitente hace la denuncia dentro del plazo de garantía, cuenta con el plazo que para las acciones personales señala el artículo 1964 del Código civil. Además, en el caso de que, y ello es dudoso, el comitente no hubiera ejercitado su derecho en el plazo de garantía, cuenta, también, con el plazo de ejercicio del artículo 1591 del Código civil.

Transacción entre acreedor y deudor principal.—No cabe aplicar el artículo 1835.2 del Código civil cuando no se demuestra su supuesto de hecho: la existencia de transacción.

Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio e indefensión (art. 1692.3 LEC).—No se infringe el artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haberse aplicado los artículos 704 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no los artículos 887 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el trámite de instrucción en segunda instancia del juicio declarativo de menor cuantía, pues, en la fecha de interposición del recurso de apelación ya regían los artículos 704 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Reforma Procesal de 6 de agosto de 1984. Además, desde que se abrió el trámite de instrucción hasta que se celebró la vista, hubo plazo suficiente para que las partes se instruyeran debidamente. Y, por último, el recurrente, pese a estar citado, no compareció al acto de la vista de la apelación. No existe, pues, indefensión alguna.

Error en la apreciación de la prueba.—Para que se admita error en la apreciación de la prueba es preciso que se cite el documento de donde resulta el error y señalar a qué posición se refiere. No son documentos a este efecto aquellos en los que se documentan o recogen otras pruebas (confesión judicial). (STS 20 de octubre de 1989; no ha lugar).

HECHOS.—Se celebró un contrato de obra por el que el contratista se comprometía a ejecutar las obras de construcción de un determinado tramo de carretera. En garantía de la obligación del contratista había una fianza solidaria que tenía vigencia hasta el momento de recepción y liquidación definitiva de las obras por el comitente. Acreditada la recepción provisional, empezó a correr un plazo de garantía de cinco años para la recepción definitiva. En ese periodo de tiempo se produjeron los desperfectos. El comitente demandó al contratista y al fiador solidario sobre recla-

mación de cantidad por los desperfectos causados por el incumplimiento contractual del contratista. El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda y, condenó al contratista y absolvió al fiador. La Audiencia Territorial revocó parcialmente la sentencia y condenó solidariamente a contratista y fiador. Interpusieron recurso de casación tanto el contratista como el fiador solidario. El Tribunal Supremo no casó. (N.F.P.).

26. Prohibición de la «reformatio in peius».—«...La expresada tesis de la recurrente no puede tener favorable acogida, por las consideraciones siguientes: 1.^a Porque el principio prohibitivo de la *reformatio in peius* lo que impide al órgano jurisdiccional de segunda instancia es modificar el fallo recurrido en perjuicio del apelante, infracción que aquí no se ha dado, pues la Sala *a quo* se ha limitado a estimar el recurso de apelación interpuesto por la entidad «Servicios de Aviación, S. L.», por entender que ésta no intervino, con conducta culposa o negligente, en la producción del resultado dañoso, y a mantener subsistente el fallo condenatorio de primer grado contra la entidad «Real Aero Club Girona» (aquí recurrente) y ello no sólo porque ésta había consentido y no apelado el referido pronunciamiento condenatorio (lo que incluso hace muy cuestionable su legitimación activa para articular el presente recurso de casación), sino por entender que ésta última entidad ha sido la única que, con su conducta culposa o negligente, fue la determinante de la producción del evento dañoso. 2.^a Porque la solidaridad, en materia de culpa extracontractual, sólo es predicable, obviamente, respecto de aquellas personas (físicas o jurídicas) que con su concurrente conducta culposa o imprudente hayan contribuido a la producción del evento dañoso, por lo que si, como en el caso presente ocurre, la Sala de apelación resuelve que no ha existido coparticipación activa alguna en la causación del resultado, sino que el mismo es atribuible única y exclusivamente a un solo agente (en este caso la entidad recurrente), ésta será la que habrá de pechar exclusivamente con las consecuencias indemnizatorias de su actuar culposo, sin que, al resolverlo así la Sala *a quo* haya incidido en infracción alguna del principio prohibitivo de la *reformatio in peius*, que carece en absoluto de aplicación al presente caso...».

Facultad moderadora de la responsabilidad: artículo 1103 del Código civil.—«...Pues una cosa es la facultad moderadora de la responsabilidad que dicho precepto concede a los juzgadores de la instancia y de la que estos, con criterio coincidente, ya han hecho uso, al no estimar en su totalidad el *petitum* indemnizatorio de los esposos actores de tres millones doscientas setenta mil seiscientas once pesetas, por entender que en la producción del resultado dañoso también intervino un cierto descuido o imprevisión por parte de la víctima, y otra cosa muy distinta es que la recurrente pretenda que el *quantum* indemnizatorio, ya poderada y moderadamente evaluado, se le reduzca por el mero hecho de que, en vez de ser dos los deudores solidarios de la indemnización, como en principio declaró el órgano de primer grado, la Sala *a quo* haya resuelto que sólo hubo un responsable activo de la producción del resultado (la entidad «Real Aero Club de Girona», aquí recurrente), que será, conforme ya se ha dicho, la que habrá de soportar exclusivamente las consecuencias de su acción culposa.» (STS 20 de diciembre de 1989; no ha lugar). (R.G.S.)

HECHOS.—En concepto de perjudicados por la muerte de su hijo, fallecido cuando realizaba unas prácticas de paracaidismo, interponen don Emilio L. y doña Ana Y., acción de responsabilidad por culpa extracontractual contra el «Real Aero Club de Gerona» y «Servicios de Aviación S. L.». El Juzgado estimó parcialmente la reclamación condenando solidariamente a los demandados al pago de una indemnización inferior a la inicialmente solicitada. Apela «Servicios de Aviación S. L.» y la Audiencia Territorial de Barcelona absuelve a dicha entidad confirmando en lo demás la sentencia de primer grado. Interpone recurso de casación el «Real Aero Club». El Tribunal Supremo lo desestima.

27. Responsabilidad civil extracontractual. La culpa o negligencia como cuestión de derecho.—El concepto de culpa o negligencia como elemento esencial de la responsabilidad civil extracontractual constituye, a efectos del recurso de casación, una cuestión de derecho en cuanto implica la calificación de la acción u omisión como culpable o negligente partiendo de los hechos que han quedado definitivamente acreditados.

Culpa o negligencia. Requisito de la previsibilidad.—Se caracteriza la culpa o negligencia por la omisión de la diligencia exigible cuyo empleo podría haber evitado el resultado dañoso, diligencia que habrá de corresponder a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar según previene el artículo 1104 del Código civil. En este sentido tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 10 de julio de 1981, 11 de mayo de 1983 y 16 de febrero de 1988, que el requisito de la previsibilidad es esencial para generar culpa extracontractual, porque la exigencia de prever hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias del momento en que no puede estimarse previsible lo que no se manifiesta con constancia de poderlo ser. **(STS 2 de diciembre de 1989; no ha lugar).**

HECHOS.—Se declara probado que el recurrente conocía que la demandante recurrida (Cooperativa I.O.M.G.) había adquirido la máquina litigiosa a la entidad mercantil Autasa, que primeramente la había vendido a la sociedad a la que fue embargada. Igualmente, que en el acto de la diligencia de entrega, la poseedora de la máquina, la citada Cooperativa puso en su conocimiento, mediante copias de la demanda y de la resolución de admisión a trámite del Juzgado, la iniciación del juicio de tercería de dominio. Entiende el Tribunal Supremo que el demandado no podía ignorar que la enajenación de la máquina a un tercero impediría la recuperación de esta por la Cooperativa caso de prosperar la tercería de dominio entablada, como así ocurrió. También que el demandado podía haber evitado el resultado dañoso conservando la máquina en su poder hasta la terminación del procedimiento con la subsiguiente entrega de aquélla a su propietario y la recuperación por él del precio pagado. Sostiene, por último, el Tribunal Supremo que se da una relación de causalidad directa entre la enajenación de la máquina a un tercero no identificado y el daño producido a la Cooperativa, que se vio privada de forma definitiva de la propiedad de aquélla, no obstante el reconocimiento a su favor de tal

propiedad por sentencia firme, en la que también se declara la nulidad de las actuaciones procesales que dieron lugar a su desposesión. (E.B.M.).

28. Responsabilidad civil del médico. Secuelas a consecuencia de intervención quirúrgica. Culpa leve. Prueba por presunciones.—Según la sentencia de 13 de julio de 1987 la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño incumbe probarla al paciente, de forma que si se pretende deducir consecuencias perjudiciales para el enfermo de un tratamiento facultativo, para que dichas consecuencias deban estimarse derivadas del tratamiento, a falta de pruebas directas, la utilización de la de presunciones exigirá una relación concorde entre el efecto dañoso y el tratamiento anterior, de manera que dicho efecto no pueda aplicarse a varias circunstancias; en el presente caso se razona por la Sala que aunque la intervención que tenía por objeto la práctica de un orificio auditivo externo, en la paciente menor de edad con defecto congénito, se desarrollaba en las proximidades del nervio facial, no incidía ni tenía porqué incidir sobre él directamente, no acreditándose el concurso de alguna otra causa externa o una anómala e imprevisible reacción orgánica del paciente, susceptibles de producir la parálisis facial, puede sentarse la conclusión presuntiva de que hubo en el acto operatorio algún descuido, por leve que pudiera haber sido, originador del edema que daño el nervio, no pudiendo calificarse tal razonamiento conclusivo de ilógico ni contrario a ley alguna, debiendo añadirse que la apreciación de la prueba de presunciones es función atribuida a la Sala de instancia, cuyas conclusiones deben ser respetadas en casación salvo que notoriamente aparezca que falta un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Principio culpabilístico de la responsabilidad médica.—La sentencia de 26 de marzo de 1986 declaró que dada la naturaleza jurídica de la relación contractual del médico, que no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo, sino una obligación de medios, es decir, no se obliga a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiere, según el estado actual de la ciencia médica, por lo que su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, por lo que no puede menos de concluirse que tal carácter debe atribuirse a la conducta quirúrgica del recurrente quien, al practicar una intervención que no tenía por qué haber afectado al nervio facial, actuó de tal modo que el mismo quedó lesionado, produciéndose un edema que no cabe imputar a circunstancia alguna distinta, lo que implica la negligencia que la resolución recurrida le imputa.

Prescripción extintiva: «Dies a quo». Finalización del tratamiento.—Tratándose de un supuesto de reclamación por lesiones, no comenzará el cómputo hasta el momento en que dado el enfermo o lesionado el alta médica, y por haber finalizado el tratamiento médico o quirúrgico, pueden ya conocerse de manera cierta y segura las secuelas que persisten.

Error de hecho. Prueba pericial.—Es constante la doctrina jurisprudencial que niega el carácter de documentos a efectos casacionales, a los dictámenes periciales practicados judicialmente cuyas actas son medios de documentación de un medio

de prueba diferente, el pericial que puede ser valorado libremente por la Sala de instancia, de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Relación de dependencia del médico. Artículo 1903, párrafo 4.º. Responsabilidad solidaria de la empresa.—La condena solidaria se basa en la existencia de un contrato de servicios suscrito entre la co-aseguradora y el médico recurrente, del que se infiere una relación de dependencia de este último respecto de aquella. (STS 12 de febrero de 1990; no ha lugar).

NOTA.—Sin exageración cabe decir que el tema de la responsabilidad civil del médico está de rabiosa actualidad nacional (véanse, a título de ejemplo los recientes trabajos de FERNANDEZ HIERRO, *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Pamplona 1984; ATAZ LOPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid 1985, y LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico*, Madrid 1988) e internacional (aparte otros Congresos, este tema ha figurado entre los tratados en el XIII.º Congreso Internacional de Derecho Comparado de Montreal de 1990). En el presente caso los hechos nos dejan de ofrecer el habitual dramatismo con que se presentan las intervenciones médico-quirúrgicas afectantes a la vida y salud de las personas; para remediar la falta congénita de conducto auditivo externo con que había nacido una menor se la somete a diversas intervenciones, las cuales, si bien obtienen resultado positivo y logran la obtención de la facultad auditiva, originan graves secuelas descritas así en la sentencia: parálisis parcial periférica del lado derecho, con sintomatología de paresia, con pérdida facial del movimiento del músculo de la frente, imposibilidad de cerrar el ojo, que ocasiona la molestia más importante de la lesionada, imposibilidad de poder mover el ángulo de la boca, flacidez generalizada de la cara (imposibilidad de silbar, sonreír, hinchar los carrillos), lacrimación en exceso, que supone una secuela definitiva con trascendencia estética como «fealdad visible» y limitación de funciones en las partes afectadas, con muy escasas posibilidades de recuperación mediante otra actuación quirúrgica, o a medio de fisioterapia rehabilitadora.

Hasta ahora la Sala primera del Tribunal Supremo ha seguido una prudente orientación culpabilística en el tratamiento de la responsabilidad civil de los médicos, sin dejar de estar abierta a las aspiraciones de la sociedad, pero sin trasladar mecánicamente la doctrina jurisprudencial que aplica a otros sectores de la actividad socio-económica (responsabilidad por riesgo, inversión de la carga de la prueba, responsabilidad objetiva o cuasi objetiva). Orientación que parece prevalecer en el mundo occidental (cfr. BAUDOUIN, *La réforme de la responsabilité médicale: responsabilité ou assurance?*, Rapport Général al XIII.º Congreso Internacional de Derecho Comparado, p. 18 y ss. que incluye en ella a Francia, Suiza, Italia, Québec, Holanda, Alemania y Turquía).

En el presente caso, la culpa leve del médico se había estimado en ambas instancias y el Tribunal Supremo la confirma al rechazar el recurso, con un acertado análisis de la prueba por presunciones que había servido de apoyo a aquella declaración. Razonamientos ponderados que son de

aprobar, de los que ha sido ponente el Magistrado señor Albácar López, (G.G.C.).

29. Culpa extracontractual. Daños en finca colindante. Responsabilidad solidaria del arquitecto y promotor-constructor.—Acreditada la situación dañosa producida en el edificio del demandante por consecuencia de la construcción de otro medianero, cuya cimentación no resultó ser la adecuada, provocando por arrastre el ceder más de lo normal, un asentamiento diferencial entre la medianera y la crujía central del edificio del actor, causando en éste agrietamientos sensibles y desperfectos en continuo avance, por lo que ha de admitirse la corrección legal del mandato que se impone en la sentencia combatida al arquitecto y a los constructores-promotores solidariamente de reparación de los daños causados en el inmueble del actor, por lo defectuosamente hecho en el edificio cuyo cedimiento viene provocando los desperfectos del colindante.

Solidaridad.—El carácter de solidaria que a la responsabilidad atribuye la sentencia impugnada se anuda, no sólo al carácter legal y equiparación de responsabilidad que nace del artículo 1591 del Código civil, sino también al insuficiente acreditamiento respecto de su origen (construcción, dirección y proyecto) en el caso presente.

Prescripción de la acción: «Dies a quo».—El proceso dañoso está todavía en curso de agravación, lo que abona contra la aplicación al caso del breve plazo de prescripción del artículo 1968 párrafo 2.º (SS 16 de diciembre de 1986 y 8 de octubre de 1988), debiéndose tener en cuenta, además, que la primera evaluación económica de los daños e importe de su reparación y gastos necesarios para hacer cesar la causa originadora de los mismos, no aparece hecha hasta el dictamen emitido por un arquitecto y que fue remitido a los interesados por el Colegio Oficial de Arquitectos, según práctica usual, el 29 de noviembre de 1985, siendo presentada la demanda con fecha de 11 de junio de 1986, con todo lo cual la situación, al menos equívoca, así planteada, ha de resolverse al hilo de la constante doctrina jurisprudencial de que son muestras, además de las citadas, las sentencias de 24 de octubre de 1988, 10 de marzo, 17 de junio y 3 de julio de 1989, del lado negativo a considerar transcurrido el plazo de prescripción.

Incongruencia. Relación de los artículos 1591, 1907 y 1909 con el 1902.—No hay incongruencia por haber aplicado el Tribunal el artículo 1902 del Código civil en vez de los invocados en la demanda, artículos 1907, 1909 y 1591 del Código civil, toda vez que los deberes legales que esta normativa impone se ofrecen como supuestos concretos de la responsabilidad por culpa que genéricamente establece el artículo 1902, siendo de observar que, en su letra, el artículo 1591, al que se remite el artículo 1909, tanto puede referirse a la responsabilidad contractual como a la extracontractual; la cita y aplicación en la instancia del artículo 1902 no puede considerarse incorrecta, ni es incompatible con la del artículo 1909; una desafortunada expresión de dudoso sentido, desconectada del correcto razonamiento que la precede, y que constituye un *obiter dicta*, no puede servir de soporte a una acusación de incongruencia. (STS 24 de enero de 1990; no ha lugar).

NOTA.—Hay ya un nutrido cuerpo de doctrina jurisprudencial relativo a los daños ocasionados por obras en edificios colindantes. Para quien hace más de un cuarto de siglo sostuvo el carácter extracontractual de la responsabilidad proclamada en el artículo 1591, párrafo 1.º del Código civil, no deja de ser satisfactorio comprobar la íntima relación que esta sentencia (Pte. Casares Córdoba) establece entre los artículos 1902, 1907, 1909 y 1591 del Código civil, así como la expresa declaración (ciertamente marginal y, por tanto, *obiter dicta*) de que la letra de este último precepto lo mismo se refiere a la responsabilidad contractual como la extracontractual, por más que la doctrina y la jurisprudencia dominante han optado por la primera concepción cuando se trata de depurar las responsabilidades de arquitectos, constructores y promotores por ruina de los edificios. Evidentemente seguir una u otra dirección está pleno de consecuencias jurídicas, de las que quizá la más destacada sea el plazo de prescripción de la acción. En este caso, tanto si se invoca el 1902 como los 1907 o 1909, resulta insoslayable aplicar el plazo anual. Es de aprobar la denegación de la prescripción solicitada por la razón fundamental de tratarse de daños en curso de realización al tiempo de presentarse la demanda. (G.G.C.).

4. DERECHOS REALES

30. Declaración de propiedad. El principio de legitimación registral.—Al no poderse reconocer el privativo dominio sobre los bienes en cuestión pretendido en exclusiva por mero tracto familiar, por los demandantes, y al no acreditar la titularidad en exclusiva sobre los tan citados bienes con base en el tracto sucesorio hereditario que con relación a ellos invocan al no evidenciar la vinculación con esa alegada exclusividad con causa en tracto testamentario o abintestato de sus causantes proveniente de sus referidos bisabuelos, cuya inacreditación determina en los relacionados demandantes falta de *legitimatio ad causam*, esto es de ausencia de causa o razón de pedir generalmente de atribución del dominio exclusivo que interesan de tan repetidas fincas objeto del debate jurídico planteado y en su consecuencia para destruir aquella presunción (vide art. 38 L.H.) con fundamento en ese dominio exclusivo que pretenden sobre las mencionadas fincas, por todo lo cual procede desestimar el recurso presuntado. (STS 20 de octubre de 1989; no ha lugar).

HECHOS.—Al no acreditar el titular sucesorio en que pretenden ampararse los precitados recurrentes para dar vida a su pretendida adquisición del dominio de los bienes cuestionados, al faltar la acreditación del pretendido título sucesorio hereditario, el mero parentesco no es suficiente para dar base a adquisición por módulo sucesorio testamentario o abintestato, que inexorablemente requiere la existencia de testamento o declaración de herederos respectivamente y a *fortiori* si se considera que la atribución de dominio derivada de sentencia a favor de los bisabuelos de los demandantes, no lleva necesariamente a que éstos sean los titulares sucesorios de los causantes de aquéllos, o cuando menos que lo sean exclusivamente, por poderlo ser otros, bien exclusivamente o en conjunción con dichos demandantes (F. LL. Y.).

31. Tesoro: concepto, características y requisitos.—Para que dicha concepción (de tesoro) pueda ser atribuida a un depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas y otros objetos preciosos es requisito ineludible que no tenga propietario conocido («inhallabilidad» del dueño), como ya exigía la Ley 45, título 28 de la Partida tercera («*si el thesoro es tal que ningund ome non pueda saber quien lo y metio, nin cuyo es*»), y como reitera expresamente el artículo 351 del Código civil, cuando condiciona la consideración legal de tesoro a que no conste la legítima pertenencia del expresado depósito oculto e ignorado. Requisito el mencionado que habrá de estimarse concurrente, no sólo cuando sea desconocida en absoluto la identidad del dueño originario que efectuó o por cuya orden se realizó la ocultación, sino también cuando, aún siendo conocida la identidad del mismo, la excesiva lejanía en el tiempo haga prácticamente imposible, a través de las intermediarias transmisiones hereditarias que hayan podido producirse, venir en conocimiento de quienes sean los sucesores del referido dueño originario y, por ende, legítimos propietarios actuales del hallazgo.

Pacto de distribución del tesoro encontrado.—La existencia (F.J.3) de tal acuerdo, implica que fue un acuerdo libremente pactado sobre el destino de tal tesoro, tras conocer la decisión del Estado, a la vista del último párrafo del artículo 351 del Código civil, al devolver las monedas a los interesados por no tener interés histórico, sin que el actor pueda ahora cambiar de parecer, ya que es un auténtico contrato de transacción (...), por lo que con independencia de la propiedad de la finca al momento del hallazgo, ha de prevalecer lo pactado libremente por las partes al respecto.

Contrato de cambio de solar por obra. Transmisión de la propiedad.—La operatividad de la transmisión que se deriva de tales acuerdos explica que el constructor adquiera la propiedad de lo transferido, terreno, solar con construcción antigua, —en la hipótesis de autos—, y sólo se obliga a edificar en los términos pactados, por lo que en tanto actúe al respecto con esa observancia está asistido de toda la tutela dominical a su situación. (STS 30 de enero de 1990; no ha lugar).

HECHOS.—El demandante celebró con los demandados un contrato privado de cambio de solar por obra (permuta de terreno para que por parte de los adquirentes se construya un inmueble en el que participa el actor), aunque en la escritura aparece con la rúbrica de «contrato de compraventa». Posteriormente los demandados descubren un tesoro en dicho solar y realizan un pacto con el demandante de reparto del mismo. El actor insta, tres años más tarde, que se declare que le pertenece además la otra mitad del tesoro y no a los demandados halladores del mismo. En ambas instancias se desestima íntegramente la demanda interpuesta, y el Tribunal Supremo declara que no ha lugar el recurso.

NOTA.—Aunque en esta sentencia no se cuestiona la configuración legal del depósito encontrado como tesoro, sobre los problemas que plantea este tema puede verse con más profundidad y precisión PANTALEON PRIETO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, tomo VIII (Madrid, 1987), páginas 361-453.

No deja de resultar curioso, por otro lado, que si las partes realizaron un contrato de cambio de solar por obra, en el que se supone que se transmite la propiedad, los propietarios al encontrar el tesoro decidieran pactar con el vendedor el reparto del mismo, pues según lo dispuesto en el artículo 351 del Código civil «el tesoro pertenece al dueño del terreno en que se hallare». ¿Acaso en estos contratos atípicos no se transmite la propiedad del terreno permutado?

Es importante la decisión tomada por el Tribunal Supremo de interpretar en sentido amplio el término «solar» como sinónimo de «finca». Dado el objeto y naturaleza de este tipo de contratos (art. 1286 C.c.) se hace difícil pensar que se pactara la transmisión del solar y no la de la edificación, cuando precisamente la finalidad que perseguían las partes al contratar era la de demoler el antiguo edificio para construir uno nuevo.

Por último, también llama la atención que el pacto de reparto del tesoro sea calificado como un auténtico contrato de transacción por la simple nota de que «así las partes zanjaban sus diferencias». Del tenor del artículo 1809 del Código civil se desprende que para que se pueda hablar de verdadero contrato de transacción es necesario, como reitera la doctrina, que exista una *res litigiosa* o una *res dubia*. Si los demandados son efectivamente propietarios de la finca o solar y de acuerdo con el artículo 351 del Código civil, ¿cómo es posible que se califique al simple pacto de distribución de auténtico contrato de transacción? (G.D.-P.G.).

32. Acción reivindicativa. Requisitos.—Se consideran debidamente acreditados los requisitos para que tal acción prospere: demostración por los demandantes del dominio que les corresponde sobre la parcela de terreno objeto de su pretensión reivindicatoria, identificación de la misma en perfecta concordancia con lo que la descripción contenida en sus títulos expresa y detentación de la parcela por los demandados sin título válido que ampare la posesión y dominio que de ella se atribuyen.

Tercero hipotecario.—No reúne tal condición el causahabiente por título hereditario del inmatriculante.

Error en la apreciación de la prueba.—Exige el señalamiento del documento que fije indubitadamente y sin necesidad de deducciones o hipótesis el hecho y que, sin resultar contradicho por otros elementos probatorios, demuestre la equivocación en que haya incurrido el juzgador al apreciar las pruebas. (STS 10 de marzo de 1989; no ha lugar).

HECHOS.—Se interpone acción reivindicatoria en relación con una parcela inscrita a nombre de los actores pero que a su vez había sido objeto de inmatriculación por el fallecido esposo de la demandada. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación. (L.M.L.F.).

33. Parcelación urbanística. Acción reivindicatoria en relación con zona destinada a vial.—Los terrenos destinados a viales en una parcelación urbanística,

en ausencia de plan que legitime tal operación estableciendo a la vez el régimen jurídico de sus instalaciones y servicios, han de pertenecer proindiviso y proporcionalmente a los dueños de las parcelas que forzosa e invariablemente han de servirse de los indicados viales, sin los cuales ni lógica ni jurídicamente podrían cumplirse el destino y la naturaleza implícitos en las escrituras públicas de adquisición de las reiterada parcelas.

Legitimación activa.—No se precisa previa constitución en Comunidad de Propietarios al tratarse de un «acto de conjunto», lo cual no impide el normal y legítimo ejercicio de las facultades dominicales por cualquier comunero. (STS 13 de marzo de 1989; no ha lugar).

HECHOS.—Varios propietarios de parcelas segregadas ejercitan la acción reivindicatoria en relación con un carril de separación existente entre las mismas y la finca matriz, solicitando además se condene a la sociedad vendedora a la demolición de cuanto hubiera construido sobre terrenos propiedad de la comunidad y sobre el meritado carril de separación. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Territorial revocó esta sentencia. No prospera el recurso de casación. (L.M.L.F.).

34. Propiedad intelectual.—Como de hecho se ha venido utilizando por la sociedad demandada y recurrente el acervo patrimonial que administra la demandante como entidad con carácter oficial y exclusivo hasta el presente (art. 1 del Estatuto), después de los convenios que ambas partes en su larga relación comercial han sostenido como se reconoce en el propio motivo, es obvio, que esa utilización unilateral, sin un previo compromiso por estar ya vencidos los anteriores en que se fijaba una contraprestación pecuniaria, ha de ser tenida en cuenta para que no resultara un enriquecimiento torcitero derivado de esa comercialización subrepticia, pues tanto la autorización de explotación como la fijación de la remuneración consiguiente es de la libre voluntad del autor o de su Entidad Gestora como se deduce del artículo 2 del Estatuto, apartados b y c, y cuando, como en este caso, no haya convenio expreso regulador por lógica contractual han de remitirse los interesados a las tarifas generales debido a la —ausencia de precios convenido, puesto que viene a ser una regla supletoria— de tal falta de acuerdo y ante la eventual explotación silenciada del producto intelectual que se ha de proteger y ello lo demuestra que ya el Reglamento de la Propiedad Intelectual de 3 de septiembre de 1880 en su artículo 96 se fijaba una tarifa, también subsidiaria, en que el porcentaje operaba sobre el producto bruto de la representación, o de la exhibición como confirma incluso para conciertos en su artículo 100 y en términos generales el artículo 102 salvo que se consensuase un precio alzado (art. 103) y lo ratifica posteriormente la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987, en sus artículos 2, 7 y 14. Y no se diga que pudiera en el futuro establecerse una pluralidad de entidades gestoras que concurrirían posiblemente a la exacción de esos derechos, porque ello no puede constituir alegato serio en el marco temporal en que se encuadra la controversia de autos, en la que sólo existe la sociedad demandante con «carácter oficial y exclusivo» a los menesteres que quedan perfilados rigurosamente en el Estatuto por el que se rige. Pero además se advierte esta protección sobre las obras literarias y artísticas en

la ordenación internacional del sector a partir del convenio de Berna de 9 de septiembre de 1886, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908 y en Roma el 2 de junio de 1928, aprobado por Ley de 21 de julio de 1932 (Gaceta de 5 de agosto de 1932) en cuyos artículos 11, 11 bis y 13 se refleja el derecho exclusivo de autorizar la representación, publicación, comunicación al público, reproducción y difusión radiada, lo que comporta la necesidad de fijación de una contraprestación o precio que de no ser bilateralmente determinado lo estará subsidiariamente por las tarifas generales que la legislación o reglamentación de derecho interno de los países adheridos a la Unión, lo tengan así establecido como ocurre en el caso presente. No es pertinente afirmar que la tarifa aplicada es gravosa cuando precisamente son muy superiores los porcentajes señalados en el Reglamento de 3 de septiembre de 1980 ya citado (art. 96) y que operan sobre el total producto (producto bruto de taquillaje) según el artículo 102.

Doctrina de los actos propios.—Además, no es de recibo apoyarse en la existencia de convenios precedentes durante veinte años reguladores de la utilización y explotación de esos productos literarios, artísticos o intelectivos en general para querer extraer de ello una obligación de persistencia *sine die* del mantenimiento de esa relación; precisamente porque en ellos se preveía la concertación de un nuevo convenio supone la inhabilitación para la utilización por el medio audiovisual de los productos intelectivos gestionados por la Sociedad General de Autores de España en forma unilateral y subrepticia, lo que podría en todo caso suponer un freno tan trascendente y exigible para Televisión Española S. A. como para la imposición unilateral del precio por aquella entidad gestora de los derechos de autor, pero por pura esencia definitoria, esos convenios ya fenecidos no pueden constituir actos propios vinculantes ya que proyectan tan solo una eventual concertación futura que ha de instituirse obviamente sobre la base de una concordancia bilateral de voluntades lo que es dimetralmente opuesto a la vinculación unilateral de una de las partes cuando ésta ha ejecutado un acto que cause estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o que vaya encaminado a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto a sí mismo (SS 25 de octubre de 1965, 5 de octubre de 1984, 12 de diciembre de 1984, 5 y 6 de octubre de 1987 y 10 de octubre de 1988), que es lo que viene a expresar la doctrina jurisprudencial sobre los llamados actos propios, y que por lo tanto sólo tiene aplicación tal tesis doctrinal cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieran creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se haya obligado a respetarla, cuya circunstancia no concurre en el caso aquí enjuiciado. (STS 18 de enero de 1990; no ha lugar).

HECHOS.—1.º La litis se promovió a instancias de la Sociedad General de Autores de España, con objeto de obtener la declaración de ciertos derechos relativos a la facultad exclusiva de autorizar la difusión televisiva de las obras de los autores que integran la Sociedad pudiendo establecer libremente las tarifas correspondientes a la utilización del conjunto patrimonial intelectualivo objeto de su gestión así como a la condena al pago de cantidades insatisfactorias como consecuencia de la utilización y comercialización en sus emisiones de ese patrimonio que le está encargado gestio-

nar y proteger conforme a la legislación vigente en que se ampara a tenor de la Ley de 24 de junio de 1941 que la instuyó y de los Estatus por los que se rige de 10 de noviembre de 1978 (D. n.º 3082/78), que la Ley de Propiedad Intelectual 22/1987 de 11 de noviembre explícitamente reconoce según se advierte de su Disposición Transitoria Séptima y Disposición Derogatoria in fine, la demanda que fue sustancialmente estimada en primera instancia, fue confirmada por la de segundo grado y es el ente de «Televisión Española» quien formalizó el recurso de casación. (F.L.L.Y.).

35. Propiedad Horizontal. Nulidad de acuerdos.—El acuerdo que suponga la atribución privativa de elementos comunes, adoptado en una Junta convocada con infracción de las normas establecidas en el artículo 15 de la Ley de Propiedad Horizontal, dado el indudable carácter imperativo de las mismas, no es convalidable por el transcurso del plazo de 30 días a que se refiere el artículo 16, regla cuarta, del propio texto legal.

Litis consorcio pasivo necesario.—Si solamente existe una apariencia de Junta, debido a los vicios de la convocatoria, personas que actuaron y materia a tratar, no es preciso demandar a quienes no tomaron parte en la misma.

Actos propios.—Actos concluyentes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica, lo cual no concurre en el supuesto planteado. (STS 25 de octubre de 1989; ha lugar).

HECHOS.—Un comunero promueve demanda solicitando se declare la nulidad de los acuerdos adoptados en Junta de Propietarios, entre los cuales destacaba señaladamente el relativo a la atribución privativa de determinados elementos comunes, por estimar incumplidos los requisitos formales de convocatoria legalmente establecidos. La demanda fue interpuesta frente a quienes convocaron o concurrieron a la mencionada Junta de Propietarios. El Juez de Primera Instancia, declaró la nulidad de tan reiterada Junta. La Audiencia Territorial revoca la sentencia del Juzgado, estimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Prospera el recurso de casación. (L.M.L.F.).

36. Retracto de comuneros.—No existe tal derecho cuando se ha practicado la división de la cosa común con anterioridad a la transmisión. La Sala mantiene su conformidad con la decisión del Tribunal *a quo*, al admitir que de la prueba practicada había quedado acreditado que la división de la finca por sus copropietarios se había practicado con anterioridad a la transmisión: «...no existiendo una situación de condominio o proindivisión resulta impracticable el juego del retracto de comuneros...» (F.D. 2.º).

Principio de exactitud registral. Valor iuris tantum de la presunción.—Se reitera la posición de la Sala manifiesta en otras decisiones (7 de abril de 1981, 26 de abril de 1981, 4 de enero de 1982, 20 de marzo de 1982, 21 de junio de 1982, 10 de julio de 1984, 16 de septiembre de 1985):

«...Que el principio de exactitud registral contiene una presunción *no iuris et de iure* sino *iuris tantum*, razón por la cual puede ser destruida mediante prueba en contrario. Consecuencia de ello es que los asientos practicados en el Registro de la Propiedad conllevan una presunción de exactitud hasta que se demuestre o acredite en debida forma su discordancia con la realidad extrarregistral (vid. s. de 10 de julio de 1985), dado que dichos Registros carecen en realidad de una base física fehaciente en cuanto lo cierto es que reposan sobre las manifestaciones de los otorgantes, razón por la cual el Instituto Registral no puede responder de la exactitud de las circunstancias y datos fácticos ni por consiguiente de los relativos a las fincas...

...Cuando surja la antinomia entre las dos realidades: registral y extrarregistral y aun cuando haya de partirse de que la primera tiene a su favor el indicado principio de exactitud, ello no puede conducir siempre a su triunfo jurídico, dado que... si la realidad extrarregistral se acredita en debida forma, es ésta la que ha predominar sobre aquélla al reposar sobre algo real y positivo que la norma ha de proteger...» (STS 31 de octubre de 1989, [Ponente: señor Martín Granizo]. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto).

HECHOS.—Tras la enajenación de unas fincas, pertenecientes a una comunidad de propietarios, la representación de la parte actora (varias de las condueñas) interpuso demanda incidental sobre retrato de comuneros, alegando que las demandantes tenían derecho a retraer una porción de las citadas fincas, por lo que el comprador de las mismas venía obligando a otorgar a su favor la correspondiente escritura de venta. El Juzgado de Primera Instancia de Segovia, por sentencia de 4 de enero de 1986 desestimó la demanda interpuesta, siendo confirmada tal decisión por la Audiencia Territorial de Madrid por sentencia de 7 de noviembre de 1987. La parte actora interpuso el correspondiente recurso de casación con apoyo en tres motivos, alegando infracción de los artículos 1218, 1225 y 1232 del Código civil, así como la del artículo 402, en relación con el 1280 del Código civil, y la del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso interpuesto.

NOTA.—En el supuesto debatido, los demandantes pretendían ejercitar el derecho de retracto atribuido legalmente como comuneros, respecto de una porción de terreno enajenada por otro de los condueños. La cuestión se centraba entonces en saber si los demandantes tenían efectivamente tal condición de comuneros al enajenarse el terreno en cuestión o si, por el contrario, como alegaban los demandados, no existía tal derecho de retracto, porque con anterioridad a la enajenación se había practicado la división de la cosa común, por lo que al no existir una situación real de condominio, devenía impracticable el juego del retracto de comuneros.

Debatido era también, consecuencia de lo anterior, si el hecho de constar en el Registro tal situación de condominio, no implicaba ya que de conformidad con el principio de exactitud registral, lo inscrito debía tenerse como cierto y verdadero. El Tribunal Supremo, en la sentencia que comentamos pone de manifiesto el carácter de *presunción iuris tantum* (DIEZ PICAZO-GULLON. *Sistema de Derecho civil* III-1990, p. 332) de tal prin-

cipio de exactitud registral recogido en el párrafo 1.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, por lo que la misma puede quedar destruida (como en el presente caso), por la verificación de una realidad extrarregistral diferente. (P.B.M.)

37. Medianería. Inexistencia. Medianería: necesidad de copropiedad de la pared medianera por los propietarios de las fincas limítrofes. Inexistencia. Valor de la declaración de los propietarios de fincas limítrofes frente a terceros no declarantes. Constitución voluntaria.—«...Es bien conocido que en un sentido usual se entiende por medianera a la pared comun a dos casas, así como medianeros las parederes, muros, cercas, etc., que estando en el límite de los heredades pertenecientes a distintos propietarios, las separa o delimita, correspondiendo a una condición o situación de hecho, pero que con cuya base puede convertirse en una relación de derecho, en la que son términos o elementos reales dichas paredes, muros, cercas... que median entre las fincas, y términos o elementos personales los propietarios de dichas fincas limítrofes o colindantes... generándose ya la situación jurídica de “medianería” que crea el derecho de los propietarios de aquellas fincas, sobre las susodichas paredes, muros... constituyéndose en copropietarios de las mismas... En consecuencia, no hay medianería, si no se da dicha copropiedad por parte de uno y otro propietario de las correspondientes fincas limítrofes...

...Al no reconocérsele, en nuestra legislación carácter forzoso, su constitución sólo puede obedecer a la voluntad concorde de los propietarios colindantes; por lo que, independientemente del requisito de su legal reconocimiento, ...es claro que al entender el Juzgado de Instancia, que aquellas declaraciones contenidas en el documento afectaban también respecto a las paredes, muros y celosías de la casa del demandado, colindante con el solar el entonces propiedad de don E.G., no compareciente en dicho documento ni aceptado con posterioridad por la misma, infringió los invocados preceptos, al reconocerle una validez y eficacia jurídica de la que carecía en relación con la condición jurídica de las referidas paredes, muros y celosías ...» (F.D. 1.º).

Condición jurídica del muro separador. Presunción de atribución exclusiva cuando la edificación es colindante con terreno no edificado. Interpretación a contrario del número 1 del artículo 572 del Código civil.—«Centrado por el Juzgado de primera instancia el problema debatido en cual sea la condición jurídica de la pared o muro de separación de la casa del actor y demandado... (señala) ...con cita del artículo 573 del Código civil y muy particularmente interpretando a *sensu contrario* el número 1 del artículo 572 del propio Código «cuando se hace un edificio colindante a terreno no edificado cabe presumirse pertenencia exclusiva del edificio, es decir, no medianero, el muro de separación», y nada más lógico y natural, pues si conforme a dicho número, cuando una pared sirve de división y apoyo a dos edificios lo razonable es presumir que los dueños de uno y otro edificio se han puesto de acuerdo para constituirla a costa de ambos en terreno de uno y otro o si uno edificó primero el otro haya procurado hacerse copropietario del muro o pared antes construida para servirse del mismo, cuando se colinda con terreno no edificado es igualmente razonable y lógico presumir que la pared o muro se construyó en terreno propio y a costa del que edificó

como único propietario, de no existir prueba o signo alguno de lo contrario...» (F.D. 3.º) (STS 5 de octubre de 1989. [Ponente: don Manuel González Alegre y Bernardo]. El TS declara haber lugar al recurso interpuesto, casando y anulando la sentencia apelada).

HECHOS.—Don Lorenzo D. T. formuló demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra don Juan A. C. O., ante el Juzgado de Primera Instancia de Jaén sobre declaración de derechos. En primera instancia (S 4 de febrero de 1986), fue desestimada la demanda, condenando al actor a demoler la pared edificada por él, en el lugar donde existía una separación mediante celosía. La Audiencia Territorial de Granada (S 15 de diciembre de 1987), estimando el recurso de apelación interpuesto por el demandante, revocó la sentencia de instancia, entendiendo que el muro existente entre las fincas del demandado y el actor tenía la consideración de pared medianera. En la representación del demandado se interpuso recurso de casación con apoyo en cinco motivos, alegando en los mismos la infracción del artículo 1255 del Código civil, en relación con el 1218 del mismo cuerpo legal (la condición medianera que se atribuye al muro y celosía construida deriva exclusivamente de afirmaciones realizadas en documento privado); infracción del artículo 1232 del Código civil; del artículo 536 en relación con el 1255, 348.1 y 350 del Código civil y del artículo 373.3, 4 y 7.

NOTA.—El Tribunal Supremo, tras señalar cual es el significado de la servidumbre de medianería, en un sentido usual, estima la inexistencia de la misma en el caso debatido. Aceptándose la validez de la declaración de la existencia de la servidumbre entre varias fincas colindantes, la misma no afecta al muro existente entre la finca del demandante y del demandado, en la medida en que tal declaración no se había producido, ni afectaba, por tanto, a la propiedad del solar colindante.

Se pone de manifiesto nuevamente el carácter voluntario de la constitución de la servidumbre de medianería, no pudiendo, por tanto, afectar a quien no participó en su constitución. Tras rechazar, por tanto, la existencia de la medianería, el Tribunal Supremo, aceptando la tesis del Juzgador de instancia interpreta a *sensu contrario* el párrafo 1.º del artículo 572 del Código civil, para presumir (presunción *iuris tantum*) la atribución exclusiva del muro edificado cuando se edifica colindante a terreno no edificado. (De la misma forma que es *iuris tantum* la presunción de comunidad que el citado precepto establece). En definitiva, la presunción de privatividad del muro en cuestión a que alude el Tribunal Supremo, no hace sino destruir la presunción de comunidad derivada del párrafo 1.º del citado precepto.

Tal interpretación a *sensu contrario* del párrafo 1.º del artículo 572, era justificada por MANRESA, al entender que, casos como el que ahora analizamos (existencia de un muro que separa un edificio de un terreno no edificado) no encajan dentro de los supuestos referidos por el artículo 572. De tal forma que la presunción legal no puede tener sino una interpretación restrictiva: no hay más casos de presunción que los que la ley taxati-

vamente determina. (Vid. MANRESA, *Código civil español*. T. IV [7.ª ed.], p.938; igualmente AUBRY y RAU, MERCADE, PACIFICI, DE-MOLOMBE...) (P.B.M.).

38. Acción negatoria de servidumbre. Servidumbre por destinación del padre de familia. Servidumbre negativa.—«...En vista de que se trataba de un caso previsto en el artículo 541 del Código civil (destinación del padre de familia), ya que las fincas formaban parte de una finca madre y lo fundamental, en el supuesto, era saber si, al tiempo de la enajenación por partes segregadas, existían o no existían los huecos, puesto que a ellos no hacían alusión los títulos. (F.D. 3.º).

...La evidente existencia de signo aparente al que se refiere el artículo 541 del Código civil destruye la presunción de libertad de los predios, aunque el signo sea revelador de una servidumbre negativa si no se indica otra cosa en los títulos trasmisivos después de la segregación... (F.D. 4.º)»

Prejudicialidad penal. Base de la resolución judicial en testifical falsa.—«...El error (de la sentencia impugnada)... ha de venir proclamado por la sentencia penal, al enjuiciar la falsedad del testigo, lo que constituye indirectamente un especial caso de prejudicialidad penal sobre la sentencia civil... que puede encajar dentro del artículo 10, párrafo 1.º de la L. O. P. J. siempre que aparezcan declaraciones testificales falsas y decisivas... (F.D. 5.º)...» (STS 21 de febrero de 1989. [Ponente: Antonio Carretero Pérez], El TS estima el recurso de revisión interpuesto).

HECHOS.—Don J. G. R. y dos más, demandaron a los cónyuges J. Y. L. y F. A. R., sobre acción negatoria de servidumbre, solicitando se declarase la obligación de éstos de cerrar dos ventanas que mantenían abiertas en la casa de su propiedad, y recayentes a la finca de los actores. En ambas instancias (J. Distrito de Priego y A. P. de Córdoba) fueron estimados los pedimentos de la parte demandante, entendiéndose que sobre el inmueble de los demandados no aparecía constituida servidumbre alguna, lo que suponía la obligación de proceder al precitado cierre de ventanas. El matrimonio demandado, interpuso correspondiente recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, apoyándose en el hecho de que la sentencia impugnada había tenido como fundamento decisivo la declaración de tres testigos que habían manifestado que al tiempo de la segregación de las fincas, no existían las ventanas. Testigos que posteriormente habían sido condenados por sentencia penal firme, por delito de falso testimonio en la causa civil de la que deriva el presente recurso.

NOTA.—Varios son los requisitos necesarios para apreciar, de conformidad con el artículo 541 del Código civil, la existencia de una servidumbre aparente, o del buen padre de familia: a) Una separación actual de los predios que venían perteneciendo a un solo dueño; b) Existencia de un signo aparente de servidumbre entre ambos predios; c) Que el establecimiento de tal signo aparente de servidumbre lo hubiese sido por el propietario de ambos predios, de forma que existiese al tiempo de la separación de los fundos.

En el supuesto planteado por el Tribunal Supremo, se discutía precisa-

mente la existencia del tercer requisito mencionado: una finca, inicialmente perteneciente a un solo titular, se divide en dos, existiendo en el inmueble, sito en una de ellas dos ventanas, cuyo cierre solicitaba el titular de la otra finca. La base para admitir o no la continuidad de las citadas ventanas se encontraba básicamente en la averiguación de si las mismas existían o no al tiempo de producirse la división de la finca matriz (los otros requisitos exigidos para admitir la existencia de la servidumbre no eran discutidos por las partes). El demandante (titular del predio sirviente) alegaba su inexistencia, apoyándose entre otros medios de prueba, en la testifical (teniendo en cuenta en el correspondiente proceso penal los citados testigos habían sido condenados por falso testimonio, vertido precisamente en el procedimiento civil que nos ocupa).

El Tribunal Supremo, siguiendo su propia doctrina (SS entre otras de 18 de junio de 1986 o 6 de junio de 1987...) aplica el artículo 541 del Código civil, al admitir la existencia de una servidumbre por destino del buen padre de familia. En el caso debatido se trataba de una servidumbre negativa, derivada de la existencia de las citadas ventanas en el predio dominante con anterioridad al tiempo de separarse las dos fincas. El signo aparente de servidumbre destruye la presunción de libertad de los predios, igualmente si la servidumbre es positiva, como si es, como en este caso, negativa.

Autores como MANRESA (*Código civil español*. T. IV) habían mantenido, sin embargo, que como las servidumbres negativas no son aparentes, podía afirmarse que el artículo 541 sólo era aplicable a las servidumbres positivas. No obstante esta postura, el criterio del Tribunal Supremo, mantenido igualmente en la sentencia que comentamos, ha sido el de su aplicación a tales servidumbres negativas (Vid. STS 10 de abril de 1954, 17 de diciembre de 1954, 30 de octubre de 1959, 31 de enero de 1960, 23 de enero de 1962, 16 de abril de 1963, 23 de noviembre de 1963, 20 de diciembre de 1965 y 21 de junio de 1971) (Vid. DIEZ PICAZO y GULLON. *Sistema de Derecho civil*. III (1990), pp. 445-446). (P.B.M.).

5. FAMILIA

39. Donación de inmuebles. Doctrina general sobre los requisitos de validez. Inaplicabilidad de los artículos 1278 y 1279.—Al tratarse de una donación de inmuebles, debía haberse no sólo aceptado por el donatario, sino, sobre todo, hecho constar en escritura pública para que la misma sea válida, o sea, nazca a la vida del derecho, para que, en su caso pueda surtir efectos, por lo que no es acertada la línea de razonamiento de la sentencia recurrida de que, por el juego de los artículos 1278 y 1279 del Código civil, cabe compeler a la observancia de la forma prevenida para «hacer efectivas las obligaciones de un contrato», ya que, en puridad técnica, esta posibilidad remite a la eficacia del negocio, o sea, a su operatividad *ex post* tras su nacimiento, mientras que aquella «validez» se trae o identifica con este momento constitutivo o precedente al despliegue de efectos del contrato en cuestión.

Régimen matrimonial de separación absoluta de bienes. Convenio privado de separación de personas y bienes. Reciprocidad de cesiones de bienes, onerosas y gratuitas. Contrato mixto o coaligado con prestaciones combinadas. Régimen jurídico. Indisociabilidad. Inaplicabilidad del régimen de perfección de las donaciones.—La doctrina particular sobre la perfección del contrato de donación de inmuebles es inaplicable al convenio atípico y privado por el que un matrimonio casado bajo el régimen de separación absoluta, pone fin a la vida en común, y además de pactar alimentos para la esposa, acuerda varias cesiones recíprocas, unas a título gratuito y otras onerosas, y se asumen otro tipo de obligaciones, como la de otorgar en su caso las escrituras públicas consiguientes; no cabe disociar la eficacia del conjunto de pactos, dejando sin efecto las cesiones gratuitas consentidas por uno de los contratantes omitiendo lo relativo a aquéllas de las que se ha beneficiado, con lo que no sólo se rompe el equilibrio de las prestaciones sino hasta el presupuesto determinante o base del contrato; hay que atender a la globalidad de lo pactado, que reúne todos los requisitos de viabilidad general y no traspasa límite alguno prohibido, por lo que cada parte debe cumplir sus compromisos sin ampararse en las particulares exigencias de forma de una de ellas aisladamente considerada; en el contrato contemplado se trasluce una manifestación de las denominadas uniones de contratos, en donde con una dependencia de bilateralidad en lo acordado, no desaparece la esencial unidad del contrato, abocando a una especie de contrato mixto o contrato combinado con prestaciones coligadas, en el que cada parte asume una serie de obligaciones en contrapartida a las que, a su vez, asume la otra, sin que sea lícito desvincular alguna parte de ese total aplicándole un tratamiento jurídico independiente a las del resto a que va incorporado. (STS 5 de febrero de 1990; no ha lugar).

NOTA.—Parece haber sido tenida en cuenta a la hora de rechazar el recurso interpuesto por la actora, la circunstancia de que en el convenio de separación amistosa se le había adjudicado una pensión alimenticia mensual de 400.000 pesetas, mientras que impugna por defecto de forma determinadas cesiones gratuitas realizadas por ella y que integraban una de las partes del complejo convenio amistoso de separación. En este caso, más bien que acuerdo de separación amistosa había que calificarlo de liquidación de un régimen económico que inicialmente fue pactado como de separación absoluta.

El Tribunal Supremo (Pte. Martínez Calcerrada) comienza recordando la doctrina general sobre perfección de la donación de inmuebles, equivocadamente interpretada por la Audiencia Territorial al relacionarla con los artículos 1278 y 1279 del Código civil. Pero esta discrepancia argumental no va a trascender al fallo del recurso, por cuanto que la sentencia de instancia va a quedar confirmada por otros argumentos. Con acierto se apunta a la complejidad de la causa y a la imposibilidad de aislar cada una de las prestaciones, lo que se traduce en la imposibilidad de aplicar el régimen particular de una de ellas con independencia del *totum* contractual. La consecuencia es la validez del documento privado en que los cónyuges pactaron la separación amistosa y se obligaron a otorgar diversas escrituras, entre ellas la de donación de determinados inmuebles.

Quizá no acierta tanto la sentencia a la hora de calificar el convenio, pues hay unanimidad en la doctrina a la hora de mantener diferenciados los contratos mixtos y los coaligados o conexos (MESSINEO, *Il contratto in genere*, Milano 1968, I, p. 720; LACRUZ, *Elementos* II-2.º p. 252). (G.G.C.).

40. Capitulaciones matrimoniales.—Habida cuenta que son antecedentes muy significativos para la decisión que se emite, que la cambial suscrita por el esposo en 10 de febrero de 1977, junto con otra persona, como aceptantes y aval del recurrente, sólo es exigible en 10 de diciembre de 1977, y así el protesto por impago es de 12 siguiente, que ha de calificarse como hizo sin impugnación alguna el Tribunal *a quo*, que es una *deuda ajena* tanto a la sociedad cuando se concertó aquel débito como a la esposa tercerista, la cual, por capítulos modificativos, deviene en propietaria por adjudicación de la finca, en escritura de 1 de julio de 1977, y además, que la sustantación del juicio ejecutivo lo fue con fecha posterior a ésta; de consiguiente, la valoración de los demás motivos en base todos al artículo 1692.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la siguiente:

1) En el segundo motivo se denuncia la doctrina jurisprudencial que cita en torno al sentido de los artículos 1396 y 1398 en relación con los artículos 1401 y siguientes del Código civil, en cuanto al deber de incluir en el pasivo del inventario la deuda contraída por el esposo con la ejecutante y que ha de tomarse en consideración la fecha de la deuda —la emisión cambial— y no la de iniciación del juicio ejecutivo: tesis desechable, pues conforme a lo expuesto *la deuda del esposo, no era ganancial*, y, además a su vencimiento ya estaba liquidada la sociedad y adjudicada la finca a la tercerista.

2) En el motivo tercero se insiste en la infracción del artículo 1401 del Código civil, que tampoco puede prosperar pues la sanción de que «mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor» cede por la antes expuesto sobre la naturaleza privativa de la deuda origen del juicio ejecutivo.

3) Se denuncia en el cuarto motivo la infracción del artículo 1402 del Código civil, en cuanto a la insuficiencia del cuerpo capitular para integrar el título de dominio a la tercerista, a lo que se responde que despreciándose, por lo razonado en la doctrina que precede sobre la interrelación de esta pretensión con la de acción reivindicatoria, ha de reiterarse que el recurrente no goza en caso alguno del «status» de acreedor de la sociedad, sino del esposo deudor.

4) En el quinto motivo se denuncia la infracción del artículo 6.4 del Código civil con la cita de los preceptos transcritos sobre formalidades de otorgamiento de capítulos, que tampoco ha de acogerse porque, cuando el órgano *a quo* ha expulsado de su valoración la calificación de fraude en la conducta de los interesados al otorgar los capítulos, no es posible en vía casacional incorporar esta figura (entre otras en sentencia de 7 de noviembre de 1984 se expuso que la conducta fraudulenta —sic— es un elemento de hecho sometido a la exclusiva soberanía de los tribunales y no revisable en casación más que por la vía del error de hecho...) que, en principio, afecta, incluso, a connotaciones éticas de la persona, que siempre habrán de apreciarse con evidente sentido restrictivo y máxime cuando se persigue demostrar ese fraude con los repetitivos alegatos rechazados de la índole de la deuda y la precedencia de su fecha constitutiva.

5) En el sexto motivo se denuncia la violación del artículo 1399 del Código civil sobre la prioridad del pago de las deudas sociales, que por los mismos argumentos ha de rehusarse.

6) En el último motivo del recurso se denuncia la infracción de la disciplina del artículo 1333 del Código civil, en cuanto que tras el otorgamiento del pacto modificativo no se tomó razón del mismo en el Registro de la Propiedad, particular éste, sobre el que ya se adelantó que carece de relieve constitutivo o habilitante de ese pacto sin perjuicio de que sea una previsión ajustada para publicidad de los derechos de terceros, como auténtica regla de terceros y no *inter partes*; por todo lo cual, procede declarar no haber lugar al recurso con las consecuencias derivadas. (STS 6 de diciembre de 1989, no ha lugar).

HECHOS.—Se otorgó escritura de capitulaciones matrimoniales entre los esposos el 1 de julio de 1977 por el que se disolvían la anterior sociedad de gananciales y concertaran un régimen económico de separación de bienes en que se adjudicaba la finca embargada a la esposa, que dicha fecha es anterior a la promoción del juicio ejecutivo contra el esposo y cuya escritura se inscribió en el Registro de la Propiedad el 17 de noviembre de 1983; que esa finca la adquirió el matrimonio como bien ganancial, adjudicada luego como privativa a la esposa. Se dice, asimismo, que ese contrato capitular no es simulado pues es fehaciente y de contenido auténtico. Que si bien cuando se anotó el embargo de la finca a favor del ejecutante y codemandado no estaba inscrito en el Registro de la Propiedad la escritura de 1 de julio de 1977, no obstante ello no cercena la libertad de otorgar capítulos según el artículo 1325 del Código civil. (F.L.L.Y.).

41. Bienes gananciales. Litisconsorcio pasivo necesario. Doctrina general.—Tratándose de acciones reales, contradictorias o limitativas del dominio de los bienes gananciales, es inexcusable la necesidad de que el tercero que se crea asistido de alguna de dichas acciones la dirija contra los dos esposos integrantes de la sociedad conyugal, de tal manera que su ejercicio frente a uno solo de ellos, con exclusión del otro, determina el surgimiento de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario; respecto del ejercicio de acciones personales o derivadas de contrato, la doctrina de esta Sala es clara y uniforme en el sentido de que cuando se postula la eficacia o ineficacia de una relación negocial o contractual basta dirigir la pretensión contra aquel de los cónyuges que haya sido parte en el contrato, sin necesidad de demandar también al otro cónyuge que no intervino en el mismo, y que, si los dos esposos tuvieron intervención de manera directa o indirecta (representado uno por el otro) en el contrato cuestionado, la demanda debe inexcusablemente ser dirigida frente a los dos, pues lo contrario significa una defectuosa e inadmisibles constitución de la relación jurídico-procesal.

Arrendamiento de vivienda con opción de compra para la sociedad conyugal. Resolución por incumplimiento. Litisconsorcio pasivo necesario.—En el contrato de autos, si bien sólo interviene personalmente el comprador, lo hizo también en representación de su esposa, consignándose el nombre y apellidos de ésta y haciéndose constar expresamente que el comprador adquiere y compra «para su sociedad conyugal», por lo cual la resolución por incumplimiento no puede ser

intentada, ni mucho menos obtenida, sin dirigir la acción contra ella, pues en otro caso podría verse afectada y perjudicada por una sentencia recaída en un proceso en el que, debiendo serlo, no ha sido parte, que es lo que trata de evitar el instituto del litis consorcio pasivo necesario.

Carácter de vivienda familiar del piso comprado.—El perjuicio de la esposa del comprador se vería agravado por la circunstancia de que, al llevar la pretendida resolución contractual aparejada la restitución de piso a los vendedores, se vería desalojada, sin haber tenido posibilidad de defenderse, del expresado piso, en el que viene teniendo su vivienda familiar a virtud del contrato de arrendamiento que con anterioridad tenía concertado con los copropietarios del mismo.

Legitimación procesal de un cónyuge para la defensa de bienes comunes: artículo 1385, párrafo 2.º.—La facultad que el artículo 1385, párrafo 2.º del Código civil concede a cualquiera de los cónyuges para defender los bienes y derechos comunes no significa nada más que cualquiera de ellos está legitimado para hacer dicha defensa, pero no que pasivamente haya de soportar con exclusividad el ejercicio de una acción que, por afectar a ambos, debió ser dirigida contra los dos.

Buena fe y abuso del derecho.—No se violan los artículos 7 del Código civil y 11 L.O.P.J., cuando se invoca y aplica la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario, que debe ser apreciada de oficio e imperativamente por los Tribunales. (STS 25 de enero de 1990; no ha lugar).

NOTA.—Acertado resumen de la doctrina procesal del litisconsorcio pasivo necesario con una interesante aplicación a los litigios sobre bienes gananciales. ¿Es correcta la deducción que hace la sentencia de la circunstancia de que en el contrato se hace constar el nombre y apellido de la esposa así como que la adquisición se hace para la sociedad conyugal, que el marido actuó en representación de su mujer? Parece que una cosa es el carácter del bien adquirido (por ej. a efectos registrales: cfr. arts. 93 y 94 R.H.) y otra atribuir la cualidad de parte contractual al cónyuge no contratante. En todo caso la solución adoptada se refuerza con una referencia *obiter dictum* al régimen de la vivienda familiar ex artículo 1320 del Código civil para ponderar el perjuicio que sufriría la esposa de estimarse la acción resolutoria por incumplimiento *inaudita parte*. Interesa también la referencia marginal al artículo 1385 párrafo 2.º, al que se atribuye «no muy afortunada redacción» y ser trasunto legislativo de la doctrina jurisprudencial que legitima a cualquiera de los comuneros para accionar en beneficio de la comunidad. Más amplio fundamento le atribuye DE LOS MOZOS, *Comentarios Albadalejo XVIII-2.º*, Madrid 1984, p. 399, sin que, por otra parte, se haga cuestión la doctrina de la posible aplicación de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario (crr. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Doctrina y jurisprudencia del Código civil*, Madrid, 1984, pp. 1928-1930). Puede, por tanto, calificarse de novedosa la doctrina de esta sentencia. (G.G.C.).

42. Investigación de la paternidad.—Es doctrina legal verdadera que en los supuestos de investigación de la paternidad mediante la práctica de pruebas bioló-

gicas se precisa la concurrencia de dos presupuestos inexcusables: la posibilidad de la fecundación de la mujer y de otra la negativa obstruccionista de quien la negase de someterse a la práctica de las referidas pruebas.

Así en cuanto al primero de los extremos indicados la sentencia que ahora se impugna establece que la paternidad ha de presumirse conforme al artículo 135 del Código civil, se infiere lógicamente de hechos demostrados, cuales son la existencia de relaciones y trato estrecho y frecuente, entre la *actora* y demandado en la época de la concepción, que ponen de manifiesto la pruebas de confesión y testifical practicadas, así como la actitud y manifestaciones del demandado, admitiendo expresa y tácitamente su paternidad después del nacimiento que advieran las declaraciones contenidas en el acta notarial acompañada a la demanda. Asimismo, en dicha sentencia se destaca la actitud del demandado al negarse a ser sometido a las particulares pruebas para la investigación biológica, sin justificación alguna para ello. En consecuencia, procede la inadmisión del único de los motivos del recurso en que se denuncia la infracción del artículo 135 del Código civil en relación con el artículo 1249. (STS 10 de noviembre de 1989; no ha lugar).

HECHOS.—La demandante conoció al demandado a mediados del año 1977, formalizando sus relaciones de noviazgo aproximadamente en el mes de octubre de dicho año. Consecuencia de tales relaciones nació el día 6 de noviembre de 1978 un niño. El demandado en un principio se negó a reconocer a su hijo en el Registro Civil, prometiendo llevar a cabo el reconocimiento más adelante, sin que hasta el día de la fecha lo haya hecho. A pesar de ello, el demandado reconoció ante familiares y amigos de la demandante ser el padre del niño, a quien iba a visitar frecuentemente al domicilio de la actora, en especial durante los dos primeros años de la vida del menor.

NOTA.—Queda acreditada verosímilmente la paternidad del encausado en virtud de las presunciones *hominis* del artículo 135 del Código civil que en el supuesto de autos se cumplen en la persona del demandado, ya que hay una constatación probada de actos directos que emanan un claro *animus recognoscendi*, ya que *ad casum* existe una relación continua de la que se infiere la voluntariedad del presunto padre de tener al hijo como suyo, de modo que estos hechos (*facta concludentia*) revelan en aquél una actitud inequívoca demostrativa de la paternidad atribuida al presunto progenitor. (F.L.L.Y.).

43. Reclamación de la filiación extramatrimonial.—1. El concepto de parte en el proceso ha ido sufriendo una evolución paulatina por la influencia del principio de legitimación procesal, toda vez que si en un principio se entendió el concepto como unívoco, la evolución posterior elaboró el concepto de legitimación procesal indirecta para dar cabida a todos aquellos supuestos en que aún afectando el objeto del proceso a un sujeto determinado, no precisaba constituirse en parte procesal, ya que sus intereses eran tutelados mediante la legitimación procesal indirecta.

Tal ha sido la doctrina que ha tenido acogida en el artículo 129 del Código civil, comprendido en el Capítulo correspondiente a las acciones de filiación y en la Sección Primera del mismo dedicada a las Disposiciones Generales, al disponer que las acciones que correspondan al hijo menor de edad o incapaz podrán ser ejercitadas indistintamente por su representante legal o por el Ministerio Fis-

cal, y aún cuando la intervención de éste haya sido criticada por algún sector de la doctrina, razones de índole práctica avalan su intervención cuando no exista la representación legal o ésta no actuara en el proceso.

Este sistema de actuación procesal en interés del hijo menor, nunca podrán producir la indefensión, toda vez que las previsiones de los artículos 137 y 140 del párrafo último del Código civil, le reservan unas acciones de impugnación de la paternidad que eventualmente hubiere sido declarada.

2. Tal ocurre en el supuesto de autos, en que aún cuando la menor no haya sido demandada y cuya filiación se postula, ha de entenderse que sus intereses han estado defendidos por su madre, conforme a las previsiones del artículo 162 del Código civil y, en consecuencia, nunca puede haberse infringido este precepto conforme se denuncia en el primero de los motivos del recurso, y menos aún la defectuosa constitución de la relación jurídico procesal por no haber sido traída al proceso como parte demandada la menor. (STS 5 de febrero de 1990; no ha lugar).

HECHOS.—El demandante y la recurrente en casación iniciaron en el mes de febrero de 1981 relaciones formales de noviazgo, con miras a contraer matrimonio, manteniendo relaciones íntimas, de cuyo resultado concibió la demandada la hija nacida el 19 de diciembre de 1981. Conocedora aquella de su embarazo prometió al demandante contraer matrimonio civil, a cuyo fin solicitaron las certificaciones de nacimiento estado y residencia necesarias para dicho trámite, viéndose frustrada dicha tentativa de matrimonio como consecuencia de la intervención de la familia de la demandada, postura que desde ese momento adoptaría también la demandada. Esta representación terminaba suplicando que previos los trámites pertinentes se dictase en su día sentencia por la que se declare que la niña es hija no matrimonial del demandante, comunicándose dicha sentencia al Registro Civil donde constaba inscrito el nacimiento para que se practique la oportuna anotación de la misma en la inscripción condenando a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración con abono de costas.

NOTA.—Como es doctrina reiterada y ha explicado PEÑA BERNALDO DE QUIROS, en el artículo 129 la Ley resuelve la cuestión del ejercicio de las acciones por representante legal en los casos más llamativos. En el precepto se hace aplicación concreta de un criterio general favorable al ejercicio de cualquier acción de filiación por representante legal. Por muy personalísimos que sean los intereses defendidos, estos no pueden quedar desprotegidos y expuestos a burla y lesión porque los sujetos sean menores o incapaces. En fin podría invocarse el derecho fundamental a la defensa procesal establecido en el artículo 24 de la Constitución. (F.L.L.Y.).

6. SUCESIONES

44. Cesión de derechos hereditarios. Precio irrisorio. Convivencia del cedente con la familia colateral. Donación remuneratoria. Simulación relativa. Inoficiosidad. Causa del contrato como presupuesto de razonabilidad.—Para entender el

verdadero alcance o significación de la causa como razón de ser del contrato —con una incesante polémica doctrinal respecto a su exacta configuración— no puede omitirse el peso que debe ostentar la real intención o explicación del componente de voluntad que cada parte proyecta al consentir el negocio, y si ésta puede explicitarse en el conjunto de las circunstancias que emergen de la situación subyacente que origina el negocio que se lleva a cabo, ha de tenerse en cuenta la misma para integrar aquel concepto, pues de esa forma se consigue localizar un presupuesto de razonabilidad que funda el intercambio de prestaciones efectuado, y que se identifica con la causa de la atribución; en el presente caso el cedente, padre de las actoras, desde el nacimiento de éstas se desentendió de sus hijas yendo a convivir con un hermano y un sobrino hasta su fallecimiento, y tal convivencia acarrea atenciones, auxilios de toda índole que el causante de las actoras recibió de su familia colateral, lo que explica un sentimiento de gratitud o reconocimiento por tal prestación asistencial y que el precio de la cesión, aparte de ser real, no se acomode al del mercado, constituyendo en su conjunto una transferencia dominical *animus donandi*, no carente de causa al existir un propósito implícito de gratuidad en el cedente, que permite subsumir el negocio en la categoría de los contratos remuneratorios del artículo 1274 del Código civil, como donación remuneratoria que es la hecha a una persona por los servicios prestados al donante; por ello no debe calificarse tal cesión como negocio absolutamente simulado, sino negocio aparente encubridor de una auténtica donación remuneratoria, la cual ha de calificarse de inoficiosa al haberse demostrado que a la muerte del cedente sus hijas no percibieron nada por carecer de patrimonio, por lo cual ha de verse en dicho negocio un mecanismo destructor de sus expectativas de herederas forzosas, siendo imprescindible la acción para atacar los negocios relativamente simulados.

Escritura en reconocimiento de préstamo y constitución de hipoteca. Inexistencia de simulación. No se exige la prueba de la recepción del préstamo para su viabilidad. Convivencia entre prestamista y prestatario. Adjudicación de las fincas hipotecadas al acreedor por falta de pago. No hay simulación absoluta.—Declarado por la Sala de Instancia que era nulo por simulación absoluta el reconocimiento de préstamo con garantía hipotecaria a favor del sobrino con quien convivía el deudor, por el artificio de constituir hipoteca por un supuesto préstamo, sin prueba alguna de la entrega del dinero que se confesó recibido, procede revocar el fallo y entender que el negocio es válido por no precisarse en nuestro ordenamiento la prueba de la recepción del préstamo dinerario para su viabilidad, debiendo entenderse que la continuada convivencia del prestatario con el sobrino prestamista constituye causa del negocio.

«**Plus petitio**».—El ejercicio de la acción encaminada a que los codemandados dejen libres las fincas reivindicadas conlleva implícitamente la nulidad de los títulos alegados para justificar la tenencia, por lo que la sentencia que declara esta última no incide en *plus petitio*.

Usucapción extraordinaria. No procede al declararse la nulidad del título por simulación relativa.—La destrucción de la causa originadora del título por simulación relativa impide cualquier efecto positivo posterior y, por tanto, estimar

la usucapión extraordinaria a favor de los demandados. (STS 29 de noviembre de 1989; ha lugar).

NOTA.—Sentencia «salomónica», inspirada acaso en un elemental sentido de equidad, que no puede menos que dejar insatisfecho al comentarista por lo rebuscado de sus argumentos y una evidente contradicción en sus propios fundamentos. A simple vista parece más justa la sentencia dictada por la Audiencia Territorial por la que se declaran nulas, con todas sus consecuencias legales, tanto la cesión de derechos hereditarios que el causante hizo en favor de su hermano como la escritura de reconocimiento de préstamo y constitución de hipoteca en beneficio de un sobrino de ambos, conviviente con aquéllos, en ambos casos por simulación absoluta pues la cesión se hizo por precio irrisorio (mil pts. por lo que valía 250.000 al tiempo del contrato y hoy siete millones), y no se justifica la realidad del préstamo para cuya garantía se ofrecen fincas cuyo valor excede del doble del supuesto préstamo y hoy valen cien veces más, adjudicándose al prestamista por falta de pago; debe añadirse que si bien el causante otorgó testamento en favor de sus hijas, éstas nada pudieron heredar por haberse desprendido de todo su patrimonio en virtud de los referidos negocios *inter vivos*. La sentencia del Tribunal Supremo (Pte. Martínez Calcerada) no deja de resaltar que la acción de las hijas se interpone 35 años después de la cesión, y aunque mantiene la imprescriptibilidad de las acciones de simulación, tanto absoluta como relativa, pondera lo que tan dilatado plazo supone de continuado ejercicio de actos de posesión y disfrute a favor de los codemandados sobre las fincas en cuestión.

Para salvar la validez inicial de la cesión acude el Tribunal Supremo al concepto de causa como presupuesto de razonabilidad que funda el intercambio de prestaciones efectuado, no aclarando si se trata de algo unilateral de cada contratante, o, por el contrario, de algo bilateralmente compartido; tal razonabilidad la encuentra en la convivencia continuada pues el padre abandonó a sus hijas al poco de nacer y se fue a vivir con un hermano y un sobrino de ambos, hasta el momento de su muerte, con un leve intervalo en que convivió con una de sus hijas, de forma que tal convivencia integra una causa remuneratoria que permite validar el negocio encubierto; pero, a renglón seguido se dice que tal donación sería inoficiosa por defraudar los derechos legitimarios de las actoras; con todo, la inoficiosa se declara *obiter dicta* por lo que parece será necesario otro juicio para hacerla valer. No se comprende la razón por la cual las acciones relativas al segundo lote de fincas, objeto de una hipoteca que la Audiencia Territorial estimó declarar simulación absoluta, no reciben el mismo tratamiento, aunque sea *obiter dicta*, que el primer lote objeto de la cesión. De aquí el calificativo de «salomónica» que he atribuido inicialmente a la sentencia.

Aparte de la artificiosidad del concepto adoptado de causa, creo que ambos negocios adolecen de ilicitud por el patente propósito de defraudar a los legitimarios que sólo en un caso reconoce el Tribunal Supremo. Por otro lado, si se estima que existe un reconocimiento de deuda en el segundo de los negocios examinados, conocida es la doctrina jurisprudencial que

niega en nuestro ordenamiento la existencia de negocios abstractos, por lo cual la carga de la prueba de la existencia del préstamo recaía sobre el supuesto prestamista, quien en ningún momento la realizó, sin que esa causa remuneratoria que reconoce la sentencia pueda valorarse dada su inconcreción (habría que haber probado que la cuantía de los servicios prestados al prestatario eran equivalentes al importe del préstamo).

Una última nota, sin trascendencia en el pleito: hay indicios de la fácil sugestionabilidad del causante pues durante la breve convivencia de dos años con una de las hijas, otorgó testamento en su favor (que luego revocó) adjudicándole, además de la legítima, el tercio de mejora y el de libre disposición.

Últimas secuelas jurídicas, no satisfactoriamente resueltas, de un problema humano que algunas veces se plantea: muerta la madre al poco de nacer las hijas, éstas conviven con unos tíos, hermanos de la madre, mientras que el padre convive con un hermano y un sobrino; fallecido el padre en 1968 cabe conjeturar que el litigio se plantea al revalorizarse desmesuradamente en los últimos años la propiedad inmueble (G.G.C.).

II. DERECHO MERCANTIL

45. Seguro multirriesgo. Ampliación solicitada por el asegurado y no aceptada por la compañía. Perfección del contrato. Naturaleza de contrato de adhesión.—En el contrato de seguro el consentimiento surge por la concurrencia de la oferta y de la aceptación, oferta que no consiste en la solicitud por el asegurado, sino en la proposición por el asegurador, mientras que la aceptación se integra por la declaración de voluntad del asegurado aceptando las condiciones propuestas; lo que está de acuerdo con la naturaleza de contrato de adhesión que normalmente tiene el de seguro; de lo que se evidencia que la declaración de la Sala *a quo* dando por existente un acuerdo de voluntades entre las partes sobre el aumento de la suma asegurada, no responde al orden lógico en que se produce el *iter negocial* en esta clase de contratos según el artículo 6 de la Ley de 1980 y la sentencia de 24 de junio de 1982, por lo que ha de estimarse infringido el artículo 1253 del Código civil, ya que no existiendo una oferta en sentido técnico no puede afirmarse la existencia de una aceptación perfeccionadora del contrato, procediendo la estimación del recurso. (STS 2 de febrero de 1990, ha lugar).

NOTA.—Existiendo una póliza de multirriesgo respecto de las existencias de un videoclub, se solicita por el asegurado ampliación del capital asegurado, produciéndose un cuantioso robo durante la tramitación de esta solicitud y antes de que la compañía se pronunciara al respecto. La Audiencia Territorial admitió una voluntad tácita de la aseguradora aplicando la doctrina jurisprudencial sobre los *facta concludentia*. La clara determinación del artículo 6, párrafo 1.º de la Ley de 1980 obligaba a estimar el recurso. No está tan clara, sin embargo, la solución a la vista de la Ley de Consumidores de 1984, que en ningún modo se cita en el proceso. (G.G.C.).

46. Plazo de prescripción de la acción de nulidad de inscripción de marca en caso de doble inscripción.—«...El problema se reconduce a dirimir la prioridad entre ambas inscripciones y, por tanto, partiendo de que las dos partes ya han consolidado su respectivo dominio, la solución de la preferencia discutida comportará el ejercicio de una acción personal de nulidad de la inscripción posterior que es la que se insta en la demanda, y, entonces, según de manera expresa se reconoce, entre otras, en sentencias de esta Sala de 12-9, 21-10-85, 1-6 y 2-12-1988 cuando, como en el litigio acontezca un caso de doble inmatriculación/inscripción —sic— de una marca, la acción que asiste al titular registral prioritario no está afectada por el plazo trienal al que se contrae el artículo 14 del Estatuto de la Propiedad Industrial, sino que en el caso más favorable para el recurrente se hallaría sujeta al plazo de prescripción general de las acciones personales que es el quince años que señala el artículo 1964 del Código civil, por lo que se reitera la desestimación del motivo al ser también irrelevantes los demás alegatos.»

Alcance del artículo 124.1 del Estatuto de la Propiedad Industrial. Semejanza fonética o gráfica de los distintivos admitidos en el Registro con otros ya registrados.—«Al respecto existe una copiosa jurisprudencia que dilucida el problema litigioso derivado de la “semejanza fonética o gráfica de los distintivos admitidos en el Registro con otros ya registrados”: y así puede hacerse la siguiente selección: de la sala 3.ª de este Tribunal Supremo: sentencia de 30 de julio de 1988: Es clara la diferencia desde el punto de vista fonético y gráfico de las marcas enfrentadas a lo que sólo se hace preciso añadir a los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida la doctrina constante de esta Sala al respecto, consistente en que «el criterio esencial para determinar la compatibilidad o incompatibilidad entre las dos denominaciones es la semejanza fonética o gráfica, ya se manifieste por la prosodia o por la imagen de los vocablos en pugna, bastando la concurrencia de la correspondiente para que haya de denegarse el registro de la marca solicitada, y la ausencia de ambas para que sea procedente su concesión; ahora bien, la “semejanza fonética o gráfica” a que alude el artículo 124.1 del Estatuto de la Propiedad Industrial entraña un “concepto jurídico indeterminado”, cuya realidad subyacente ha sido apreciada en función al comportamiento colectivo medio con arreglo al sentido común de los consumidores en un momento histórico determinado que depende de su estado medio cultural, ya que dicho precepto estatutario proporciona una regla gramatical orientadora que ha sido completada, junto a otras, por la jurisprudencia con el valor que a ésta concede el artículo 6.1 del vigente Código civil; así es de constante aplicación el criterio de la “unidad gramatical y conceptual indivisible” de las marcas en pugna, porque su comparación ha de hacerse partiendo de la totalidad de los términos laterales o gráficos de las denominaciones a considerar, sin desintegrar artificialmente las sílabas o palabras que las componen, sino más bien atendiendo principalmente a la “impresión fonética o gráfica” que normalmente ha de producir en el público consumidor y que sus componentes asumen a través de la visión o la audición, más que en buscar en sus profundos y prolijos significados etimológicos, producto de disquisiciones léxico-gramaticales, descomponiendo o aquilatando técnica y científicamente los elementos que forman los vocablos o expresiones enfrentadas, pues esta labor propia de las personas de alto estado cultural no es realizada con dicho rigor por el ciudadano medio al que la marca ha de impresionar». Sentencia

16 de julio de 1988, en la que se proscribe la agregación al elemento distintivo de la marca de todo o parte de una razón social, y que dice así: «(...) a la semejanza fonética y gráfica capaz de confundir a los consumidores, que es lo prohibido en el artículo 124.1 del Estatuto de la Propiedad Industrial no se rompe por la circunstancia de anteponer al verdadero distintivo “Domain” el apellido de la razón social del recurrente, “Domecq”, pues tal alegación no introduce en el comercio ninguna individualidad específica frente a la marca “Domay” ni impide aquel posible error y confusión, dado, además, que ambas marcas amparan la misma clase de productos; b) de aceptarse los argumentos de la parte apelante se harían inútiles las inscripciones registrales, pues por ese procedimiento de agregar al elemento verdaderamente distintivo de la marca el todo o parte de un razón social, cualquier entidad podría aprovechar toda marca registrada»; y de esta Sala la del Tribunal Supremo, entre otras muchas: sentencia de 9 de mayo de 1983: “cuando alguno o algunos de los elementos que, utilizados, tiene especial eficacia individualizadora, es este particular elemento el que por su singularidad caracterizante de producto común, ha de ser preferentemente contemplado para decidir si la marca discutida puede provocar confusión en el tráfico, a costa de la prioritaria que lo había ampliamente difundido”, y la de 2 de marzo de 1983: “las pretendidas distinciones entre identidad y semejanza carecen de todo sentido, ya que siendo la finalidad de la marca según el artículo 18 del Estatuto la de servir para señalar y distinguir de los similares los productos de la industria, el comercio y el trabajo, siempre que se disminuya la fuerza o eficacia distintiva de manera apreciable, deberá concluirse que existe la prohibición con igual régimen que si de absoluta identidad se tratara”.» (STS 16 de diciembre de 1989; no ha lugar). (R.G.S.).

HECHOS.—Intramar S. L. interpone demanda de nulidad de registro de marca por la denominación Intramar S. A. contra su titular, empresa mercantil del mismo nombre. Se opuso la demanda por entender que la acción ejercitada había prescrito y no ser confundible la marca impugnada con el nombre comercial de la actora. La Audiencia Territorial de Madrid declara la nulidad e ineficacia legal de la cuestionada marca. Interpone S. A. recurso de casación que el Tribunal Supremo desestima.

47. Propiedad Industrial. Modelo de utilidad. Característica básica.—El artículo 171 del Estatuto de Propiedad Industrial hace consistir el elemento básico del modelo de utilidad, no en su forma, que es el elemento común con los modelos industriales, sino en el hecho de producir una utilidad, es decir, en este caso, que aporte un beneficio o efecto nuevo o un resultado industrial.

Se ha declarado reiteradamente que las ligeras diferencias estructurales de unos modelos con otros no impiden que los anteriormente inscritos hayan anticipado al que posteriormente se solicita; y se considera anticipado el modelo incluso cuando fue denegado ya un modelo de utilidad por falta de novedad, como ocurrió en el supuesto contemplado, y cuando se considera anticipado por haberse publicado su objeto en una revista técnica. (SS TS 14 de diciembre de 1974 y 23 de febrero de 1979).

Operatividad conjunta de los distintos elementos.—De los diversos elementos del modelo contemplado en el caso litigioso unos operan o funcionan con total

independencia respecto de los otros, lo que impide que concurra el supuesto de hecho a que se refiere el artículo 157.1 del Estatuto de la Propiedad Industrial (*sic*, en realidad art. 57.1), aunque en conjunto dichos elementos formen un objeto que no difiere sustancialmente de los ya conocidos, que son homólogos, como corresponde al objeto «botella» y a su función esencial.

Además del examen individual de los distintos elementos fue examinado el conjunto funcional de ellos, lo que no es opuesto a la indivisibilidad del objeto de la propiedad industrial que recoge el artículo 11 del Estatuto de la Propiedad Industrial, ya que esa indivisibilidad no se refiere indudablemente a elementos objetivos de las diversas modalidades de la misma propiedad, sino a la indivisibilidad del «título» de concesión, que no puede otorgarse en su caso de manera parcial, y que será uno en cuanto al objeto, procedimiento, producto o resultado, lo que es distinto de la función que los distintos elementos reporten al conjunto y que éste haya de examinarse desde luego.

La prueba.—La prueba pericial adquiere en estos litigios una singular relevancia, dado el matiz técnico que revisten las cuestiones de esta naturaleza, cuya valoración exige de unos conocimientos específicos a fin de poder determinar si el nuevo modelo que se presenta aporta alguna ventaja, utilidad o beneficio.

Frete al criterio del Tribunal de apelación no puede prevalecer el dictamen de la Sección Técnica del Registro, recaído en el expediente administrativo en el que se concedió a la entidad recurrente el modelo que ahora se anula; dictamen que no prejuzga la valoración hecha por el Tribunal civil, ni menoscaba su libertad de apreciación de la prueba pericial, según las reglas de la sana crítica y sin estar obligado a someterse al dictamen pericial. (STS 24 de junio de 1987; no ha lugar).

HECHOS.—La empresa recurrida Bioplast S. A. demandó a la recurrente Poliestres Españoles S. A., solicitando la declaración de nulidad de un modelo de utilidad (referido a la fabricación de botellas) del que era titular la demandada, por su identidad sustancial con otro modelo de utilidad inscrito anteriormente a favor de la demandante. La Audiencia Territorial de Barcelona estimó la demanda declarando la nulidad de la inscripción del modelo de utilidad; el Tribunal Supremo señala no haber lugar al recurso.

NOTA.—El Estatuto de la Propiedad Industrial de 1929 ha sido derogado, en lo que se refiere a patentes y modelos de utilidad, por la Ley de Patentes de 20 de marzo de 1986. Con relación a la cuestión planteada en este litigio, pueden verse los artículos 24 y 143 de la nueva Ley. (M.G.R.).

48. Alcance de la retroacción de la quiebra.—«...(La sentencia de instancia) ...funda su decisión en la escrupulosa observancia de la sanción establecida en el artículo 878.2 del Código de comercio, que invalida sin más todos los actos de dominio o administración efectuados por el quebrado con posterioridad a la fecha en que se temporalizan los efectos de esa retroacción, por lo cual... deviene evidente que su nulidad es automática, y en consecuencia todos los demás actos jurídicos y resultados producidos que traen causa de dicha nulidad radical.» (F.D. 2.º).

Existencia del perjuicio a terceros como requisito condicionante para mantener la sanción de nulidad. Inadmisión. Presunción de perjuicio en todo caso.—«...Que la sanción no recoge ese presupuesto condicionante (y al punto están por ello las previsiones anulatorias de los artículos 880/881 del Código de Comercio), y que... tampoco pasa desapercibido que todo acto jurídico subsumible en aquella órbita y a los que se refiere el citado artículo 878, se presume perjudicial en general... para la masa (y en cualquier caso cabría afirmar, siguiendo la tesis del motivo, que debía declararse, previa demostración en juicio, que la excepción acontece, es decir, que el mismo no es perjudicial, lo que... en absoluto ocurre en el litigio...)» (F.D. 2.º *in fine*).

Consecuencias de la nulidad de la hipoteca. Alcance del artículo 1303 del Código civil.—«...El efecto restitutorio del citado artículo 1303 del Código civil se refiere a lo percibido o entregado por cada parte a resultas del contrato que se invalida, y no ...cuando se trata de una hipoteca por reconocimiento de una deuda preexistente...

...La amplitud de peticiones (reconocimiento judicial de la existencia de una deuda entre las partes, calificación del crédito como ordinario en la masa del quebrado, y restitución de lo percibido por el quebrado en la subasta) ...exceden de aquellos efectos al precisar una adecuada valoración y calificación judicial...»

Presunción del artículo 1253 del Código civil. Su valoración es de exclusiva apreciación del Tribunal sentenciador.—«...La deducción acotada es de exclusiva apreciación del Tribunal sentenciador si no es contraria a las reglas... del criterio humano o se demuestra que por ilógica y absurda es improcedente... El juicio lógico del Tribunal *a quo* sólo es censurable en casación cuando notoriamente falte ese enlace preciso y directo entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, según las reglas del criterio humano que no son otras que las del raciocinio lógico...».

Tercero hipotecario. Inadmisión.—«...En modo alguno puede predicarse del recurrente un «status» jurídico tabular propio con el del tercero hipotecario delineado en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria (entre otras sentencias, la de 19 de julio de 1989 fijó sus requisitos así: 1. Que actúe de buena fe: que en el momento de adquirir desconozca o ignore, la existencia de una inexactitud en el Registro por discrepar su contenido con la realidad material... no habrá buena fe si los bienes a adquirir aparecen en el Registro como libres y no perturbados y el adquirente sabe y le consta que están gravados o perturbados. 2. Que adquiera a título oneroso... 3. Que el transferente tenga inscrito su derecho: que se subdivide en: a) que su adquisición sea derivativa de su anterior titular. b) Que precedente titular tenga inscrito su derecho y aparezca con facultad para tramitarlo. 4. Que el adquirente inscriba su derecho... 5. Que si se declara ineficaz el derecho del transmitente, sus causas no consten en el Registro: es un requisito de posterior dación, es decir una vez verificados los anteriores. En realidad va inmerso en el principio de buena fe, pues éste exige que el adquirente desconozca la existencia de cualquier inexactitud registral, o discrepancia con la realidad extrarregistral, que serán las únicas fuentes de donde provendrían en su caso, esa nulidad o resolución del derecho del otorgante. 6. Identidad en el contenido obje-

tivo de la inscripción: nos referimos... al natural presupuesto de que los términos de la inscripción del adquirente concuerden con los transferentes en el sentido de que según sean éstos, se puede inscribir el derecho del segundo en su capacidad, cantidad y calidad»). (STS 24 de octubre de 1989. [Pte.: señor Martínez Calcerrada]. El TS declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos de casación interpuestos).

HECHOS.—La empresa Cromyblanc S. A. había reconocido mediante escritura de 19 de agosto de 1980, adeudar a la empresa Comercial e Industrial García Sánchez S. A. (C.I.G.S., S. A.), la cantidad de 6.504.792 pesetas, hipotecando, para asegurar su pago, una casa y una porción de terreno. Comercial e Industrial García Sánchez S. A., como acreedor hipotecario, ejercitó en 1981 la acción especial del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, procedimiento que termina por auto de 13 de abril de 1983, y con la adjudicación en subasta de la porción del terreno hipotecado a un tercero (el otro codemandado —Exportpiel S. A.—), terreno que se inscribió a su nombre. No obstante, el 31 de enero de 1981 la entidad deudora fue declarada en suspensión de pagos, declarándose su insolvencia el 3 de septiembre del mismo año, para posteriormente ser declarada en quiebra necesaria el 9 de junio de 1982, retro trayéndose sus efectos al 9 de junio de 1980, en virtud de auto de 4 de noviembre de 1982. Ante tales acontecimientos, la sindicatura de la quiebra de Cromyblanc S. A., interpone demanda en juicio declarativo de mayor cuantía, ante el Juzgado de Primera Instancia de Valls, contra Comercial Industrial García Sánchez S. A. (C.I.G.S. S. A.) y Exportpiel S. A., sobre nulidad de la escritura de hipoteca suscrita entre la entidad quebrada y la codemandada, y la restitución de los bienes adjudicados, o su valor a la masa de la quiebra, por entender que a tales actuaciones alcanzaba la retroacción de la quiebra.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el 28 de septiembre de 1985, estimando íntegramente la demanda, declarando la nulidad de las hipotecas constituidas por los demandados, así como de las correspondientes adjudicaciones de bienes efectuadas en su virtud, condenando a los codemandados a la restitución a la masa de la quiebra de la sociedad actora de los citados bienes hipotecados y adjudicados, así como de los frutos, rentas e intereses que los mismos hubiesen producido. Interpuesto el correspondiente recurso de apelación, la Sala segunda de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia el 10 de febrero de 1988, confirmando íntegramente la sentencia de instancia. En su virtud se interpusieron dos recursos de casación, por cada uno de los codemandados; el primero, por infracción de los artículos 878.2 del Código de comercio, y 1866 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (argumentándose que la retroacción de la quiebra sólo debía comprender a los actos realizados en perjuicio de los demás acreedores), así como por violación del artículo 1303 del Código civil. El segundo de los recursos se interpuso por infracción de los artículos 1253 del Código civil y 34 de la Ley Hipotecaria. (P.B.M.).

III. DERECHO PROCESAL

49. Prevalencia frente a la testifical de la prueba documental.—«...Prueba documental que difícilmente se puede desvirtuar por las manifestaciones de un solo testigo, que sin poner en evidencia la realidad de su testimonio, no puede en ningún caso hacer que se ignoren los documentos aportados, como hace el Juez *a quo*, cuando el Tribunal Supremo tiene declarado con reiteración que la prueba documental es una prueba privilegiada frente a la testifical y debe tener una fuerza probatoria superior a la simple declaración de un solo testigo...»

Concepto de error judicial. Presupuestos para su apreciación.—«Como consecuencia del mandato contenido en el artículo 121 de la Constitución, la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en sus artículos 292 y siguientes, ha regulado la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, tanto por el anormal del mismo, como por error judicial, y respecto a lo que debe entenderse por tal, una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, infiere de la definición de error en el diccionario de la Real Academia, como concepto equivocado o juicio falso, que “el error en sentido jurídico supone en conocimiento equivocado de una cosa o de un hecho basado sobre la ignorancia o incompleto conocimiento de la realidad de esa cosa o hecho o de las reglas jurídicas que lo disciplinan” (sentencia de 29 de septiembre de 1987). Dado que el juicio jurisdiccional es normalmente dual, en cuanto que recae sobre los hechos cuestionados y, también, sobre las consecuencias jurídicas correspondientes a los mismos, el error judicial puede producirse en uno y otro ámbito, distinguiéndose entre error *de facto* y *de iure*, y como su construcción es netamente jurisprudencial, la doctrina emanada de las sentencias del Tribunal Supremo, permite configurar el error judicial de la siguiente forma: “no dimana de la simple revocación o anulación de resoluciones judiciales, produciéndose por haber sido aplicados a los hechos indebidamente un precepto legal que no les cuadre o dejado de aplicárseles el que les corresponde o cuando el que lo haya sido se les hubiera aplicado con errónea interpretación de su texto” (sentencia de 5 de octubre de 1987, Sala 2.^a), “incluye equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la interpretación y aplicación de la Ley” (sentencia de 4 de febrero de 1988, Sala 1.^a), “no puede dar lugar a una tercera instancia, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, partiendo de unos hechos distintos de aquellos que hubieren sido objeto del debate y sobre los cuales el Juzgador haya tenido un conocimiento equivocado por causas extraprocesales, sin que pueda traerse a colación el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales dentro del esquema traído al proceso bajo los principios de contradicción y bilateralidad” (sentencia de 13 de abril de 1988), y “es debido a una equivocada información sobre los hechos enjuiciados, por contradecir lo que es evidente o a una aplicación del derecho que se basa en normas inexistente o entidades, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance; no comprende, por tanto, el supuesto de un análisis de los hechos y de sus pruebas, ni interpretaciones

de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico y que, por ello, sirvan de base a la formación de la convicción psicológica en la que consiste la resolución, cuyo total acierto, no entra en el terreno de lo exigible, puesto que en los procesos, aunque se busca, no se opera con una verdad material que pueda originar certeza; y no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención del Juzgador a datos de carácter indiscutible, con o sin culpa, generadora de una resolución esperpéntica, absurda, que rompe la armonía del orden jurídico, introduciendo un factor de desorden que es el que origina el deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados, sin necesidad de que sea declarada la culpabilidad del Juzgador” (sentencia de 16 de junio de 1988, Sala 1.^a).»

Caducidad del plazo para la interposición de la demanda de error judicial y cómputo del mismo.—«Cuestión previa a tratar respecto a la de fondo propiamente dicha es la concerniente al plazo de ejercicio de la acción de que se trata, el cual es de caducidad pues la misma, según la regla a) del apartado 1 del artículo 293 de la Ley Orgánica 6 de 1985 “deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse”, cuyo cómputo se impone verificarlo con arreglo a la preceptiva contenida en el artículo 5.1 del Código civil, “si los plazos estuviesen fijados por meses o años, se computarán de fecha a fecha”.» (STS 5 de diciembre de 1989, no ha lugar). (R.G.S.).

HECHOS.—Ante el Juzgado de Primera Instancia don R. P. interpuso demanda de reclamación de cantidad contra don J. F. y doña R. V. por el impago de las mensualidades que en concepto de precio aplazado correspondían a una compraventa de local comercial. Subsidiariamente pedía la rescisión del contrato, pactada para el caso de impago de dos mensualidades consecutivas. La demanda fue estimada. La Audiencia revocó la sentencia de instancia sobre la base de la prueba documental aportada por los demandados. El Tribunal Supremo desestima la demanda de error judicial que interpone don R. P.

50. Tercería de dominio.—Acreditado e indiscutido que el inmueble embargado como de la propiedad de la demandada en el procedimiento ejecutivo, pertenecía, desde mucho antes del embargo y anotación subsiguiente, a la tercerista. La estimación de la demanda de tercería, primero por el Juzgado de Primera Instancia y luego por la Sala de lo Civil, ha de reputarse irreprochable, ya que la acción de tercería de dominio, aunque no se identifique con la reivindicatoria, presenta sensibles analogías con ella y tiene por finalidad principal no ya la recuperación del bien, que de ordinario está poseído por el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo (SS 29 de octubre de 1984, 15 de febrero de 1985, 21 de febrero y 9 de julio de 1987 y 11 de abril de 1988), sustrayendo de un procedimiento de apremio bienes no pertenecientes al patrimonio del apremiado por no ser aquellos los llamados a responder de las deudas contraídas por el ejecutante, sino los que realmente estén incorporados a su patrimonio a la hora de poner en marcha la acción garantizadora del cobro (SS citadas y las más recientes de 20 de marzo y 20 y 21 de junio de 1989). (STS 16 de febrero de 1990; no ha lugar). (E.B.M.).