

II. SENTENCIAS

A cargo de: Ricardo de ANGEL YAGÜEZ
María Luisa APARICIO GONZALEZ
Diego ARENAS GOMEZ
Antonio CABANILLAS SANCHEZ
Gabriel GARCIA CANTERO
Pilar MOLINA HERREZUELO
Luis Felipe RAGEL SANCHEZ

I. DERECHO CIVIL

1. Parte general

2. Derecho de la persona

3. Obligaciones y contratos

1. *Venta de un camión. Defectos que lo hacen inservible para la finalidad a que se destina.*—Como muy bien ha estimado el Tribunal de instancia, siguiendo la doctrina sentada por esta Sala entre otras en sentencia de 22 de diciembre de 1971, 14 de abril de 1978, 12 de marzo y 1 de junio de 1982, el supuesto aquí contemplado ha de calificarse, no de vicios ocultos sujetos al ejercicio de la acción redhibitoria y sí de incumplimiento del contrato por inhabilidad o ineptitud del objeto adquirido para el desempeño de la función que motivó su adquisición.

Prescripción de la acción.—Es evidente la aplicación del artículo 1.964 en lugar del artículo 1.484 del Código civil en orden a la prescripción. (Sentencia de 20 de febrero de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de compraventa de un camión grúa que presentaba graves defectos de fabricación, que lo hacían inservible para la finalidad a que estaba destinado. Por este motivo el comprador solicitó la resolución del contrato e indemnización de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia acogió la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por el vendedor.

NOTA.—Parece acertada la sentencia que anotamos, puesto que es admisible la compatibilidad entre las acciones edilicias y las generales de incumplimiento, especialmente cuando el vendedor se ha encargado previamente de la fabricación de la cosa vendida y ésta es defectuosa, pues en este caso puede evidenciarse una cierta impericia en la fabricación que sirva de fundamento a la aplicación de los artículos 1.101 y siguientes del Código civil. Véase el amplio análisis de MORALES, *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por defectos de la cosa*, en este ANUARIO, 1982, fasc. 3.º, pp. 654 ss.

A. C. S.

2. *Compraventa de pisos. Incumplimiento de contrato. Instalación de contadores de agua y medidor de fuel oil.*—El hecho de haber concedido a los actores, compradores de varios pisos, que se les abonen los gastos de instalación del aparato medidor de fuel oil, no supone dejar a su arbitrio la implantación y pago de una mejora, sino que es consecuencia de la adecuada y objetiva valoración que de las pruebas practicadas realizó el Tribunal *a quo*, habiendo contribuido a tal consecuencia de forma directa e inmediata la entidad constructora al ubicar el depósito de combustible en forma tal que lo hace de utilización prácticamente imposible.

Prueba.—El proyecto de calefacción del edificio, sellado por el Colegio Oficial de Peritos e Ingenieros Industriales, no tiene carácter de auténtico a efectos de la casación, y, por otra parte, siendo indiscutible la necesidad de algún instrumento de medición, la prueba practicada netamente puntualiza que, aunque en términos generales pueda utilizarse el sistema manual instalado para controlar la existencia de combustible en el depósito, las dificultades que presenta su manejo hacen necesario el medidor a cuya instalación se condena.

Actos propios. Requisitos.—Según doctrina de esta Sala, con la que coincide un considerable sector de la científica, para la virtualidad del principio de derecho *neminem licet adversus sua pacta venire*, se requieren: a) Que el propio acto que se pretende combatir haya sido adoptado y realizado con plena libertad de criterio y voluntad no coartada (S. de 30 septiembre 1960). b) Necesidad de un nexo causal eficiente entre el acto propio y su incompatibilidad con lo que se solicita; y c) Que se trate de actos concluyentes e indubitados que definan de modo inalterable la situación del que los realiza; en el presente caso no puede admitirse que de la instalación de un contador único para todos los pisos del inmueble haya de extraerse la consecuencia de que los copropietarios renunciaron a su derecho a la instalación centralizada de los contadores, como lo prueba el acuerdo tomado en Junta posterior, en la que después de aprobarse la contratación del contador colectivo, se hace constar que ello es debido a la conducta de los promotores que incumpliendo las Ordenanzas Municipales no realizaron en el cuarto de contadores existente en el inmueble, la instalación centralizada de los individualizados, facultándose además al presidente para ejercitar las acciones que procedieran a fin de reclamar los daños y perjuicios derivados de dicha conducta incumplidora. (Sentencia de 14 de febrero de 1984; no ha lugar.)

(G. G. C.)

3. *Compraventa de una finca. Intervención de un corredor. Prueba pericial.*—La petición de la prueba pericial no vincula al Juez, quien puede prescindir de esta prueba si no la estima necesaria o conveniente, como se deduce de los artículos 610 y 613 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Juez con sus conocimientos personales puede suplir la falta de proposición o práctica del mismo dictamen pericial.

La pericia no es un medio de prueba como los demás sino un medio auxiliar del Juez cuando éste no posee determinados conocimientos técnicos para proporcionárselos debidamente, aunque el dictamen pericial opere en nuestra práctica

como medio de prueba cuando el perito observa directamente los hechos, lo que no obsta en modo alguno para que el Juez si posee el conocimiento especializado propio decida con arreglo a su propia especialidad. La misión del perito es únicamente la de auxiliar al Juez, ilustrándole sin fuerza vinculante sobre las circunstancias, sin que en ningún supuesto se le puedan negar al Juzgador las facultades de valoración del informe que reciba (SS. 31 de marzo de 1967).

Fijación de la indemnización de daños y perjuicios y casación.—La fijación de una indemnización por daños y perjuicios verificada por el Tribunal de Instancia ha de impugnarse en casación por error en la apreciación de la prueba fundado en el número 7 y no en el 1, como aquí sucede, del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (SS. 15 de octubre de 1911; 9 de diciembre de 1949).

Realidad del daño.—El principio de que el incumplimiento de un contrato no implica la existencia de perjuicios, al objeto de relevar de la prueba de los mismos, no es de aplicación tan absoluta que en los casos en que de los hechos demostrados y reconocidos se deduzcan fatal y necesariamente la existencia del daño, sea preciso acreditar también la realidad de éste (SS. 2 de abril de 1960; 28 de abril de 1969).

Lucro cesante e inflación monetaria.—Para determinar el lucro cesante hay que atenerse a la probabilidad objetiva de realizar la ganancia teniendo en cuenta la resultante del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, singularmente de la elevada inflación monetaria, conforme es hecho notorio.

Determinación de daños y perjuicios.—Conforme al articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Tribunal viene obligado en primer lugar a fijar su importe en cantidad líquida, facultad judicial cuyo ejercicio sólo puede ser impugnada en casación cuando el Juzgador de Instancia resuelva en forma caprichosa, desorbitada o evidentemente injusta. (Sentencia 30 de marzo de 1984; no ha lugar).

(D. A. G.)

4. *Venta de un piso defectuosamente construido. Resolución del contrato.*—El vendedor que no cumplió, al que le fue opuesta la excepción «non adimpleti contractus», no ha de tener éxito en su reclamación ya que el párrafo 1 del artículo 1.124 citado sólo permite pedir dicha resolución cuando «uno» de los obligados (es decir, el demandado) no cumpliera lo que le incumbe, pero no cuando, como en el caso debatido, son los dos los que incumplieron, siendo el primero el demandante vendedor, que no reunió, por tanto, uno de los requisitos esenciales que la doctrina de esta Sala ha exigido reiteradamente para ser estimada la acción resolutoria. (Sentencia de 22 de febrero de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de compraventa de un piso que presentaba graves defectos de construcción. El comprador sólo pagó una parte del precio debido. Por tal motivo el vendedor demandó la resolución de la compraventa

e indemnización de daños y perjuicios. El comprador se opuso a la demanda y en reconvencción solicitó que el vendedor procediese a la subsanación de todos los vicios y defectos existentes en el piso. El Juez de Primera Instancia acogió la demanda. La Audiencia Territorial revocó este fallo y admitió la reconvencción. No prospera el recurso de casación interpuesto por el vendedor.

NOTA.—Se sigue en esta sentencia la constante doctrina del Tribunal Supremo sobre la legitimación para ejercitar la acción resolutoria, que mantiene igualmente de forma unánime la doctrina (véase una amplia referencia jurisprudencial en nuestra anotación a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1982, en este ANUARIO, 1982, fasc. 3.º, p. 950; y Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. 2.º, Madrid, 1983, p. 333).

(A. C. S.)

5. *Compraventa de inmueble. Artículo 1.504 del Código civil.*—El artículo 1.504 no prohíbe que antes que la resolución se intente el cumplimiento, y que cuando éste fracasó, como ocurrió en el caso debatido, sólo quede la resolución como viable. Hay que entender que el pacto resolutorio envuelve el establecimiento de una condición resolutoria potestativa por parte del vendedor impagado, porque el efecto resolutorio solamente se produce si el vendedor decide optar por la resolución y no por el cumplimiento del contrato, ya que en todo caso, como declaró la S. de 5 de noviembre de 1979, el pacto comisorio expreso es un derecho potestativo que actúa el vendedor para resolver el contrato como garantía convenida del aplazamiento del precio.

Conducta del comprador.—Ha de calificarse como de reiterada y decididamente rebelde al cumplimiento de su obligación de pago, por sí sola suficiente para acordar la resolución del contrato.

Inaplicación del artículo 1.124 del Código civil.—No puede invocarse con éxito cuando se discute la resolución de un contrato de compraventa de inmuebles por incumplimiento de la obligación de pago, materia que por tener su regulación específica en el artículo 1.504, hace inaplicable aquel precepto. (Sentencia de 19 de julio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—En virtud de documento privado se vendió un piso y un local de oficina, abonando el comprador una determinada suma de dinero al celebrarse el contrato, pactándose el pago del resto del precio por medio de letras de cambio. El comprador no pagó ninguno de los plazos pactados, por lo que el vendedor demandó la resolución del contrato de compraventa. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron íntegramente la demanda. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comprador.

NOTA.—Aunque nuestro Tribunal Supremo afirma constantemente la inaplicación del artículo 1.124 del Código civil cuando es aplicable el artículo 1.504 de este texto legal, dado el carácter especial que tiene este precepto, como precisa la sentencia que anotamos, nuestro Tribunal Supremo exige, al igual que en el supuesto de aplicación del artículo 1.124 la concurrencia de una voluntad reiteradamente rebelde al cumplimiento de sus obligaciones por parte del vendedor, como afirman las SS. de 1 de diciembre de 1983 (la anotamos en este ANUARIO, 1984, fasc. 3.º, pp. 892-893) y 7 de marzo de 1983 (también reseñada en este ANUARIO, 1984, fasc. 2.º, pp. 595-596).

(A. C. S.)

6. *Retracto de colindantes. Carácter rústico de la finca.*—La sentencia recurrida se limita a tener en cuenta, sin citarlo, el criterio jurisprudencial que califica de finca rústica, atendiendo a su aprovechamiento primordial, a la que no está emplazada dentro de la zona o plan de ensanche de alguna población (SS. de 4 de abril 1968 y 14 noviembre 1961 entre otras), aun cuando dentro de su perímetro exista alguna edificación (S. 10 junio 1954); habiendo de atenerse el intérprete a la situación de la finca al momento de verificarse la transmisión, sin que puedan influir modificaciones posteriores, no siendo aplicable la legislación de arrendamiento rústicos dictada para supuestos distintos (SS. de 8 junio 1956, 29 noviembre 1958, 15 abril 1971 y otras).

Conocimiento de la transmisión por el retrayente.—Ha de ser un conocimiento completo, cumplido y cabal, abarcando una noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, no bastando ciertas referencias de la misma o datos incompletos de sus condiciones (SS. de 6 marzo 1973, 15 febrero 1974, 20 febrero 1975 y 30 octubre 1978), y en el presente caso el acto de conciliación se intentó precisamente para llegar a ese cabal conocimiento dado que el retrayente sólo tenía una noticia hipotética e insegura de algunos extremos, negándose el comprador a dar dichos datos completos; por lo demás el conocimiento de la transmisión es cuestión de hecho, debiendo estarse al criterio del Tribunal de Instancia que aquí no ha sido impugnado.

Documento auténtico. No lo es la papeleta de conciliación.—Es criterio jurisprudencial negar el carácter de auténticos a los documentos judiciales, e incluso a las certificaciones del acto de conciliación (SS. de 15 marzo 1974 y 4 y 30 diciembre 1972), por lo que tampoco lo posee la papeleta de conciliación. (Sentencia de 9 de febrero de 1984; no ha lugar.)

7. *Responsabilidad solidaria del arquitecto y del constructor.*—Siempre que no sea claramente distinguible la atribución de la responsabilidad respectiva por vicios que, a veces, se involucran etiológicamente, acaso interaccionan entre ellos, y concurren siempre en indiscriminada conjunción a la originación, inescindible por todo ello, del efecto único de la ruina, ha de declararse la solidaria.

Aplicación del artículo 1.591 del Código civil. Concepto de ruina.—Los defectos de la fachada llegaron a perturbar gravemente la convivencia en los pisos afectados «id est», los hicieron inhabitables; pero es que las deficiencias no se reducen a la construcción de los muros de fachada sino que alcanzan también a las instalaciones de saneamiento a las que para nada se refiere el recurso, y tales vicios merecen el concepto de ruina a la luz de la jurisprudencia de esta Sala, inscribiéndose en el supuesto del artículo 1.591 la ruina parcial del edificio y cuantos graves defectos constructivos hagan temer su pérdida o la hagan inútil para la finalidad que le es propia.

Norma técnica de aplicación.—No se cumple ni en cuanto a pendientes ni en cuanto a sección de los tubos la Norma Técnica de aplicación, siendo que, aun no resultando obligatorias, con todo y serlo únicamente las Normas Básicas de

la Edificación, autoriza su olvido la conclusión de constituir las omitidas soluciones el mínimo exigible cuando las soluciones distintas adoptadas no sólo no aparecen con la idoneidad justificada sino convictas de acarrear la inutilidad de la edificación. (Sentencia de 17 de febrero de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Con posterioridad a la adquisición de las viviendas del edificio construido, aparecieron graves defectos de construcción. Por este motivo la Comunidad de Propietarios demandó al constructor, al arquitecto y al aparejador. El Juez de Primera Instancia los condenó solidariamente a indemnizar de daños y perjuicios a la Comunidad actora. La Audiencia Territorial absolvió al aparejador y confirmó en todo lo demás la sentencia del Juez de Primera Instancia. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia es concorde con la constante doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad solidaria de técnicos y constructores y el significado de la ruina, en cuanto que es presupuesto de aplicación del artículo 1.591 del Código civil. Véanse las anotaciones a las SS. de 6 de octubre de 1982, 22 de noviembre de 1982 y 11 de noviembre de 1982 (en este ANUARIO, 1983, fasc. 2.º, pp. 649-655) y las de 5 de marzo y 16 de marzo de 1984 que anotamos en este fascículo del ANUARIO.

(A. C. S.)

8. *Responsabilidad del promotor.*—La responsabilidad a que se refiere el artículo 1.591 del Código civil recae sobre el promotor del edificio en totalidad, a lo que no es obstáculo su cualidad de propietario, que no le puede exculpar o liberar de la responsabilidad que establece el citado artículo para el constructor o ejecutor de la obra.

Sociedades del mismo grupo económico.—El artículo 1.591 fue rectamente interpretado por la sentencia recurrida, habida cuenta, además, de que en el momento de llevarse a efecto la construcción las sociedades anónimas implicadas lo eran del mismo grupo económico, lo que inequívocamente venía a determinar que no se pudiera establecer una diáfana separación entre los varios elementos personales intervinientes. (Sentencia de 1 de marzo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se construyó un edificio que el promotor vendió por pisos a los diversos propietarios que integran la Comunidad actora. Debido a que el edificio presentaba graves defectos de construcción, la Comunidad de propietarios demandó al promotor, al contratista y a los arquitectos. El Juez de Primera Instancia condenó al contratista y al promotor a indemnizar a la Comunidad de propietarios los daños sufridos. La Audiencia Territorial consideró solamente responsable al promotor. No prospera el recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Esta sentencia es conforme con la constante doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del promotor, que hemos comentado en el trabajo *La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos* (en este ANUARIO, 1982, fasc. 3.º, pp. 878 ss.) y también en la anotación a la S. de 23 de febrero de 1983 (en este ANUARIO, 1983, fasc. 3.º, pp. 1029 y ss.). Véase también MORALES, *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa* (en este ANUARIO 1982, fasc. 3.º, pp. 657 ss.), y CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, pp. 239 ss.

(A. C. S.)

9. *Responsabilidad del promotor-vendedor. Aplicación del artículo 1.591 del Código civil.*—Habida cuenta de que las normas habrán de interpretarse, según dispone el artículo 3 del Código civil, atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, así como a su espíritu y finalidad, amén de la procedencia de la aplicación analógica cuando el precepto no contempla un supuesto específico, aunque regule otro semejante entre los que aprecie identidad de razón —artículo 4, número 1 del propio cuerpo legal— hace que, como también hubo de sentar la sentencia de esta Sala el 1 de marzo de 1984, la asunción de la figura de «promotor», llevando a efecto la construcción de un edificio sobre solar de su propiedad y enajenándolo en régimen de propiedad horizontal, no determina aunque fuera otra sociedad o sociedades las que materialmente y por encargo de la promotora ejecutaran el oportuno proyecto, la exoneración de esta última de la responsabilidad que el artículo 1.591 del Código civil atribuye al contratista, puesto que en esta expresión hay que entender que se comprende al «promotor-constructor», y que ostenta tal cualidad el que por su cuenta y en su beneficio encarga la realización de la obra a un tercero.

Solidaridad.—Cuando no pueda determinarse la responsabilidad que individualmente corresponda, en razón de la aplicación del artículo 1.591 del Código civil, a los causantes de la misma, se impone que dicha responsabilidad tenga carácter solidario, cuestión bien distinta a la que podría determinar la aplicación de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario a que inexplicablemente se hace referencia en el desarrollo del motivo. (Sentencia de 13 de junio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Antes de estar terminado el edificio, el promotor vendió los diversos pisos y locales del mismo, que presentaban graves defectos de construcción. Por este motivo la Comunidad de propietarios demandó al promotor y a los arquitectos que intervinieron en la obra. El Juez de Primera Instancia no entró a conocer del fondo del asunto, ya que estimó la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia Territorial revocó este fallo, condenando solidariamente a los demandados. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—En esta sentencia se sigue la constante doctrina mantenida por nuestro Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 17 de octubre de 1974 para configurar la responsabilidad del promotor-vendedor, que he examinado en el trabajo *La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos*, en este ANUARIO, 1982, fasc. 3.º, pp. 878 ss.; también MORALES, *El áolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, en este ANUARIO, 1982, fasc. 3.º, pp. 591 ss. En esta línea se pronuncia también la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1983, que anoté en este ANUARIO (1983, fasc. 3.º, pp. 1029-1030).

El carácter solidario de la responsabilidad por defectos de construcción que provocan la ruina del edificio, es igualmente admitido de forma constante por la jurisprudencia. Véanse en este sentido las anotaciones hechas en este ANUARIO a las recientes sentencias de 5 de octubre de 1983 (1984, fasc. 3.º, pp. 898-899), 6 de octubre y 22 de noviembre de 1982 (1983, fasc. 2.º, pp. 649-655), así como la sentencia de 16 de junio de 1984, que se anota en este fascículo del ANUARIO. Esta doctrina se apoya en el dato cierto de que no pueda determinarse la responsabilidad que individualmente corresponda a los causahabientes de la ruina del edificio, porque si ello es posible, no existe solidaridad, tal como claramente afirma

La sentencia de 8 de junio de 1984, que se anota en este fascículo del ANUARIO. En este sentido, también, la sentencia de 30 de abril de 1982, anotada en este ANUARIO (1982, fasc. 3.º, pp. 957-959).

(A. C. S.)

10. *Ruina del edificio colindante por excavación. Responsabilidad profesional del arquitecto director de la obra.*—Como tiene declarado esta Sala en sentencia de 29 de marzo de 1966, la normal previsión exigible al técnico arquitecto director de la obra no cabe confundirla con la simple diligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquélla obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, siendo esta especial diligencia la que debe serle exigida, incluyendo en sus deberes el conocimiento del estudio de las peculiares condiciones del terreno.

Responsabilidad del contratista.—En el supuesto examinado el contratista actúa con conocimiento de que el arquitecto director, cual era su obligación, no intervenía efectivamente en la obra, asumiendo el contratista una función que no le corresponde, generándose un comportamiento culposo, que en cuanto a los daños a terceros le hace responsable, y más en cuanto que ninguna culpabilidad mayor hay que la de asumir actividades para las que no se tiene el título adecuado y que el que lo tiene le confía, pero que en modo alguno debe aceptar.

Asunción por el contratista de actividades para las que no tiene un título adecuado.—Implica una conducta totalmente negligente, por lo que ninguna violación ha producido la Sala sentenciadora de instancia al aplicar el artículo 1.104 del Código civil.

Inexistencia de responsabilidad del promotor en base al artículo 1.903 del Código civil.—El dueño o promotor de la obra no es ninguna de las personas a que se refiere el artículo 1.903 del Código civil a efectos responsabilizadores por causa de culpa extracontractual, desde el momento en que hizo el encargo a personas que por su profesión técnica eran las objetivamente adecuadas al respecto y ha empleado toda la diligencia exigible a un buen padre de familia para prevenir un posible daño. (Sentencia de 7 de octubre de 1983; ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia de las obras de excavación y vaciado de un terreno se produjo la ruina de un edificio colindante. El Juez de Primera Instancia condenó solidariamente al promotor, al arquitecto y al contratista a indemnizar de daños y perjuicios a los propietarios del edificio en situación de ruina. La Audiencia Territorial confirmó este fallo salvo en lo que afecta a la cuantía de la cantidad que solidariamente habían de satisfacer los demandados. Prospera el recurso de casación interpuesto por el promotor.

NOTA.—Esta sentencia es importante desde diversos puntos de vista. En primer lugar, es concorde con las numerosas sentencias del Tribunal Supremo que configuran la responsabilidad del arquitecto director de la obra como profesional, tal como hemos señalado en las anotaciones a las sentencias de 11 y 22 de noviembre de 1982 (en este ANUARIO, 1983, fasc. 2.º, pp. 651-655) y la de 19 de abril de 1982 (en este ANUARIO, 1983, fasc. 1.º, p. 330). En segundo lugar, es evidente la responsabilidad del contratista, toda vez que ha tenido lugar un com-

portamiento gravemente negligente del mismo. Sólo puede ponerse en cuestión la responsabilidad del contratista cuando actúa siguiendo las órdenes del arquitecto director, lo cual no acontecía en la sentencia que anotamos. En tercer lugar, la exoneración de responsabilidad del promotor parece lógica de conformidad con el último párrafo del artículo 1.903 del Código civil, no pareciendo incluso que existiera una relación de dependencia que pudiese justificar la aplicación de este precepto. Véanse las importantes observaciones de RUBIO y DE CASTRO en torno al artículo 1.903 (*La responsabilidad del empresario*, Madrid, 1971) y más recientemente DE MIQUEL (*Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente*, en este ANUARIO, 1983, fasc. 3.º, pp. 1501-1514).

(A. C. S.)

11. *Aumento de obra. Consentimiento tácito del comitente.*—La sentencia impugnada al no basarse en el contrato inicial referido a las obras en cuestión, sino en el aspecto de las posteriores complementarias de ellas referentes a lo que es objeto de controversia, en manera alguna puede entenderse que la Sala de instancia ha incumplido dicho contrato, ni que ha dejado tal contrato al arbitrio del demandante, a que se refieren los artículos 1.091 y 1.256 del Código civil y sentencias con ellos relacionados.

Nueva valoración probatoria.—No puede ser planteada en este especial y extraordinario recurso.

Declaraciones testificales.—Este medio probatorio está sometido en su apreciación al arbitrio judicial, tratándose de una manifestación de prueba de carácter admonitivo.

Error de hecho y de derecho.—Es incorrecta su alegación en un solo motivo. (Sentencia de 9 de abril de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato para la construcción de diversas viviendas. Durante la ejecución de las obras fueron sustituidos los cercos de madera y tapajuntas que figuraban en los proyectos. Por este motivo el contratista reclamó al comitente la diferencia del precio motivada por dicha alteración, a lo que se opuso el comitente. No prospera la demanda de reclamación de cantidad interpuesta por el contratista ante el Juez de Primera Instancia. Prospera, en cambio, el recurso de apelación interpuesto por el mismo ante la Audiencia Territorial, ya que se había producido el consentimiento tácito del comitente respecto de la variación introducida. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia es concorde con otras precedentes que admiten el aumento del precio pactado cuando se produce la ampliación de la obra si ha mediado consentimiento expreso o tácito del comitente. En el caso de la sentencia de 28 de enero de 1983 la autorización del comitente al aumento de obra se deduce del hecho de permitir y autorizar la continuación de la obra con su frecuente presencia en ella y solicitar del arquitecto la certificación final de obra sin reparo alguno, actos que son considerados como concluyentes. Véase nuestra anotación a esta sentencia en este ANUARIO (1983, fasc. 3.º, pp. 1025-1026), donde mencionamos a otras sentencias que siguen esta orientación, también anotadas en este ANUARIO.

(A. C. S.)

12. *Arrendamiento de duración indefinida. Nulidad.*—Como tiene reiteradamente declarado esta Sala el contrato de arrendamiento es incompatible con la intemporalidad, en cuanto desnaturaliza la esencia del vínculo jurídico, lo cual claramente conduce a la ineficacia de la cláusula octava del contrato de arrendamiento de que se trata.

Violación del artículo 1.256 del Código civil.—Al no venir condicionada en su aspecto temporal la prórroga contractual, se somete a la exclusiva voluntad del arrendatario la duración del vínculo arrendatício cuestionado, conculcando la prohibición sancionada por el artículo 1.256 del Código civil de que el cumplimiento de los contratos quede al arbitrio de uno de los contratantes. (Sentencia de 15 de octubre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de arrendamiento de una finca, donde figuraba una cláusula que establecía, como término de vigencia, que el contrato se prorrogaba a instancia del arrendatario con un determinado aumento de la renta. Acogiendo la demanda, el Juez de Primera Instancia declaró nulo el contrato. La Audiencia Territorial estimó la apelación. Prospera el recurso de casación.

13. *Arrendamiento de un terreno. Inaplicabilidad de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Requisito de habitabilidad. Calificación jurídica. Obras posteriores. Prórroga del contrato. Prueba testifical.*—La habitabilidad es requisito indispensable para la configuración jurídica del local de negocio en la forma exigida por el número uno del artículo 1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, a cuyo tenor debe tratarse de una «edificación habitable cuyo destino primordial no sea la vivienda» (SS. de 24 de marzo de 1982 y 12 de abril de 1983).

Siendo el momento del contrato el decisivo para determinar la calificación jurídica, son inoperantes a efectos de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, las obras posteriores realizadas (SS. de 4 de enero de 1971 y 23 de diciembre de 1972).

No puede aplicarse el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el cual hace referencia a la prórroga legal del contrato de arrendamiento, habida cuenta de la naturaleza del objeto contractual y la consiguiente normativa aplicable.

Conforme al artículo 1.659 de la Ley adjetiva al que se remite el artículo 1.248 del Código civil, la apreciación de la fuerza probatoria de los testigos se hará conforme a las reglas de la sana crítica cuyo concepto no se contiene en una norma legal que pueda decirse infringida, dejándose a la apreciación discrecional del Tribunal sentenciador que, justo por ello, no es impugnabile en casación. (Sentencia de 22 de diciembre de 1983; no ha lugar.)

El recurso de casación se interpone contra la sentencia de la Audiencia Territorial que deniega la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos al arrendamiento de un terreno que no reúne los requisitos de la habitabilidad al tiempo de celebrarse el contrato.

14. *Despojo en la posesión como arrendatario. Naturaleza de la obligación de indemnizar.*—La precedente indemnización por despojo del que ocupaba un local como arrendatario, efectuado por el arrendador —que venía percibiendo la renta sin protesta— fuera de las vías jurídicas, en virtud de maniobras punibles —por las que resultó procesado en causa sobreseída por razón de amnistía— se trata más bien, como en el caso de la sentencia de 5-7-1983, de una obligación derivada de delito, aunque la demanda en que se ejercita la acción se funda formalmente en el incumplimiento contractual.

Idem. Legitimación para ejercitar la acción indemnizatoria.—En consecuencia, debe reconocerse derecho a reparación a quien efectivamente ocupaba el local de negocio, haciendo abstracción de la regularidad y eficacia de la sustitución en la relación arrendaticia (obvia en el caso, por lo demás). La legitimación corresponde al mero ocupante antijurídicamente despojado. La regularidad de la subrogación arrendaticia y efectiva cualidad de arrendatario únicamente dice relación al aspecto de la cuantía de la indemnización, pues debe recibirla mayor el verdadero arrendatario de quien posea sin título. (Sentencia de 5 de marzo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante despojada era viuda del inicial arrendatario, quien de facto había sucedido en el arrendamiento, a la vista y con expreso conocimiento del arrendador, que siguió percibiendo la renta mediante recibos a nombre del fallecido. El arrendador, demandado y recurrente, aprovechando el despido, con consiguiente providencia de lanzamiento, de una empleada de la arrendataria que habitaba una dependencia del local, pactó con ella (que se atribuyó la cualidad de subarrendataria), la entrega del local que a seguido transmitió a un tercero, a quien previamente se lo había vendido. Por estos hechos se abrió causa criminal en la que los procesamientos decretados quedaron sobreseídos por razón de amnistía.

Ante la posterior demanda en vía civil, el arrendador cuestionó la condición de arrendataria de la demandante, y ahora recurrida, arguyendo la existencia y términos del testamento de su marido, inicial arrendatario, del que concluía que la sustitución en el arrendamiento se había operado conjuntamente a favor de la viuda y de los hijos del matrimonio, todos los cuales eran, en su caso, los legitimados *ad causam* en el presente pleito.

(J. C.)

15. *Arrendamiento de local de negocio. Arrendataria de buena fe.*—Los motivos del recurso han de parecer forzosamente, por cuanto que el aquí recurrente olvida que la repulsa de la demanda se asienta en la intervención en el contrato locativo y en sus consecuencias de una tercera persona, como arrendataria, totalmente extraña a las relaciones comunitarias que pudieran existir entre los hermanos, a la que reiteradamente se califica de «arrendataria de buena fe», a la que no se puede acusar de fraude, pues para ello hace falta demostrarlo, lo que en autos en manera alguna se obtuvo, declaraciones hechas en la instancia que se mantienen intangibles en este trámite de casación, y que impiden la acogida de los motivos sustentadores del recurso, en los que sólo se contempla la ac-

tución de los arrendadores, pero haciendo total abstracción de que en el contrato interviene otra parte, la arrendataria, a quien a la vista de su condición declarada en la instancia, y no combatida adecuadamente en el recurso, de su participación en el fraude, ante la ausencia de prueba que lo corrobore, de contratante de buena fe, razones de seguridad jurídica impiden dar el mismo trato que a los codemandados arrendadores, todo ello sin perjuicio de las acciones que al demandante pudieran asistir de entender ha sido perjudicado por aquéllos, pero sin que las consecuencias de tales excesos puedan hacerse extensivos a quin amparado en una situación de buena fe fue parte en el contrato cuya ineficacia se pretende. (Sentencia de 18 de junio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Acogiendo la demanda el Juez de Primera Instancia declaró nulo el contrato de arrendamiento de local de negocio, porque no había mediado el acuerdo mayoritario exigido por el artículo 398 del Código civil, y haberse incumplido los requisitos exigidos por la Ley de Arrendamientos Urbanos para la existencia y eficacia del contrato de traspaso, impidiendo así al demandante coheredero la posibilidad de ejercitar los derechos de tanteo y retracto. La Audiencia Territorial revocó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto.

16. *Arrendamiento rústico. Desabucio por expiración de plazo. Si el contrato no señala la duración debe entenderse la legal.*—Aunque el artículo 1.128 C. c. en relación con el 1.256 del mismo cuerpo legal, está dictado para supuesto de otra clase de obligaciones, permite llegar a la conclusión de lo acertado de la sentencia recurrida, que, a falta de pacto sobre duración de arriendo, hubo de señalar el mínimo legal, pues de otra forma la duración discutida quedaría al arbitrio del deudor, lo que prohíben los citados preceptos legales.

Inejercicio del derecho de prórroga según legislación derogada.—No discutiéndose la aplicación a esta litis del R.A.R. de 1959, hay que partir de que el contrato tuvo una duración de seis años, sin que el arrendatario recurrente cumpliera los requisitos del artículo 10, apartado 4 y 5 del R.A.R. para ejercitar con éxito el derecho de prórroga; lo que está de acuerdo con la doctrina de esta Sala (S., entre otras, de 15 junio 1974), según la cual, de no señalar el contrato un plazo superior al de seis años, será el período mínimo de seis años el contractual por prescripción legal, y el ejercicio del derecho de prórroga habrá de notificársele al arrendador con un año de antelación en las fincas de aprovechamiento agrícola bien personalmente o a su administrador o apoderado si tuviera domicilio o residencia en el partido judicial en que la finca radique, o a la persona previamente designada a tal efecto en el contrato, y en defecto de todos el arrendatario hará constar su voluntad de prorrogar el contrato por acta notarial; normativa que el recurrente omitió totalmente, por lo que es evidente que el contrato se extinguió por terminación del plazo de su vigencia. (Sentencia de 20 de julio de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—La doctrina jurisprudencial extractada ya no resulta aplicable al derecho vigente, pues el artículo 25.2 de la Ley de 1980 declara ejercitado el derecho a la prórroga si el arrendatario no renuncia a seguir en el arrendamiento, lo que supone un reforzamiento de la posición jurídica de este último, siendo evidente la *voluntas legislatoris* de que el contrato dure en la práctica el tiempo pactado y el total de las prórrogas legales.

(G. G. C.)

17. *Arrendamiento de grúa portuaria. Calificación del contrato.*—No hubo, como se pretende, dos arrendamientos de servicios, uno con la Organización de Trabajos Portuarios encargada de facilitar a la sociedad estibadores dirigidos por un capataz o amantero, y otro con el Puerto Autónomo de Bilbao que proporcionara un servicio de grúa con su gruista, sino, por el contrario, se establecieron contratos de trabajo con los estibadores y el amantero, y un arrendamiento de la grúa con una cláusula pactada de responsabilidad.

Responsabilidad contractual del arrendatario por sobrepeso.—La grúa fue cedida con expresa aceptación de la cláusula a tenor de la cual los usuarios serán responsables de los desperfectos o averías que ocurran en las grúas por haberlas cargado con mayores pesos que los correspondientes a la fuerza de las mismas, que fue lo ocurrido en este caso en que la única causa del siniestro fue un sobrepeso superior a cinco mil kilogramos.

Aplicación de las reglas generales de las obligaciones y contratos.—Al margen de la calificación que quiera darse al contrato, basta la normativa general de los artículos 1.255 y 1.258 C. c. para fundar la responsabilidad del arrendatario por los daños causados durante el tiempo en que era usada bajo las órdenes determinantes de personal ajeno a la entidad propietaria de la máquina, la cual estaba contratada trabajando al servicio y en interés de la sociedad usuaria, correspondiendo el control del peso, no al gruista, sino al amantero de los estibadores que preparaban las izadas dirigidas por su propio capataz, y siempre sin intervención de la propiedad del aparato cedido para pesos inferiores a seis toneladas, ya que si la carga a manejar se compone de unidades indivisibles superiores al peso máximo, la entidad «Puerto Autónomo de Bilbao» deniega la cesión. (Sentencia de 20 de marzo de 1984; no ha lugar.)

18. *Contrato vitalicio. Pacto comisorio.*—El contrato existente entre las partes y formalizado en escritura pública en virtud del cual se transmiten determinados bienes a cambio de la prestación de alimentos bajo ciertas condiciones, es un contrato aleatorio y atípico, regido básicamente por las estipulaciones de las partes, no pudiendo entrar en juego la condición resolutoria expresa cuando la sentencia, a la vista de la prueba apreciada en su conjunto, declara que no existe incumplimiento de la obligación alimenticia contraída por el cesionario.

Interpretación de cláusula. Abono de gastos médicos y farmacéuticos «que fuera preciso hacer».—El demandado se comprometió, como contraprestación de la transmisión de bienes hecha a su favor por el demandante, a entregar la suma de doce mil pesetas anuales y a sufragar además «todos los gastos relativos a medicinas, médicos, hospitales y cualquier otros gastos de esta índole que fuera preciso hacer», cláusula que no puede comprender aquellos gastos que, teniendo su causa en enfermedad, resulten desorbitados en relación con la situación económica de las partes contratantes, o hubiesen podido ser atendidos de otro modo más racional y menos gravoso para el obligado a soportarlos, al par que de manera igualmente efectiva y satisfactoria para el beneficiario de ellos; debiendo excluirse los gastos totales devengados por el internamiento del actor en una

clínica privada para ser sometido a tratamiento psiquiátrico que, además de no ser preciso ni imprescindible, pudo ser prestado gratuitamente por la Seguridad Social, en cuyo régimen figura como pensionista el actor.

Ejercicio «civiliter» del derecho de alimentos convencionales.—La correcta aplicación de los artículos 142 ss. del C. c., singularmente del artículo 146, a los que expresamente se sometieron los contratantes, veda la utilización desorbitada de los derechos contractualmente concedidos, lo que no supone la ineffectividad del contrato, sino la consagración de que los alimentos convencionales se ejerciten *civiliter*, y de conformidad con los límites contractual y legalmente preestablecidos. (Sentencia de 18 de abril de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Muy interesante doctrina sobre el alcance de los alimentos que se deben, no en virtud de precepto legal, sino por contrato, cuyo régimen, no obstante quedar sujeto a la autonomía de las partes, es tributario en gran medida del legal. En el presente caso el *quantum* discutido era una factura de 318.869 pesetas, como consecuencia de una estancia de casi cuatro meses en una clínica psiquiátrica. Quizá pueda plantearse la duda de si la aleatoriedad ínsita en el contrato vitalicio no debe autorizar márgenes más amplios que los contemplados en la sentencia. Por otra parte se produce la interferencia con la Seguridad Social, *vexata quaestio* en materia alimenticia.

(G. G. C.)

19. *Arrendamiento urbano. Cláusula de revisión de renta. Derecho de traspaso.*—«El derecho de traspaso no se desvirtúa como consecuencia de la ejecución judicial o administrativa prevista en el artículo 33 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, manteniéndose la naturaleza que le atribuye el artículo 29 de la misma, de cesión hecha por el arrendatario, mediante precio, del local arrendado, a un tercero que se subroga en los derechos y obligaciones derivados del contrato, produciéndose una modificación subjetiva, no extintiva de los mismos, que expresamente permite el artículo 1.203, 2.º y 3.º, en relación a «sensu contrario» con el 1.204, ambos del Código civil».

Interpretación de los contratos.—La aplicación de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil se realizará con carácter supletorio para «juzgar de la intención de los contratantes», y no cuando dicha intención es evidente por su literal expresión, y además, se corrobora con el contexto del documento en que se contiene. (Sentencia de 27 de marzo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor-arrendatario formuló demanda contra el propietario-arrendador de un local de negocio, por aumento de la renta convenida, en el contrato en el que aquél se subrogó.

El Juzgado desestima la demanda y estima parcialmente la reconvenición. La Audiencia Territorial confirma este fallo. No prospera el recurso de casación.

(M.º L. A. G.)

20. *Daños en cable telefónico. Caja-registro adosada al estribo de un puente sin indicación de su existencia. Ausencia de culpa.*—Consistiendo la culpa en la falta de cuidado, precaución y diligencia exigibles por haber infringido el su-

jeto activo las reglas de conducta requeridas en el tráfico donde el agente desarrolla su quehacer, carece de toda base la alegada antijuridicidad si el acto no es negligente, aun apreciadas con rigor las circunstancias del caso concreto de obras en el subsuelo con motivo de la construcción de ferrocarriles metropolitanos, o de arterias de conducción de aguas (art. 1.º), cuya ejecución exigía a la empresa acudir a los concesionarios de los servicios públicos para conocer el emplazamiento de las correspondientes conducciones, ni puede prescindirse de que la «cámara-registro» estaba adosada al estribo del Puente de Triana, a sensible profundidad y sin indicación alguna denotadora de su ubicación, a lo que se añade la pasividad de la empresa recurrente que se abstuvo de efectuar indicación alguna a la empresa recurrida, no obstante ser pública y notoria la prohibición del tráfico en la zona así como las obras de consolidación en el puente.

Responsabilidad de la empresa. Falta de prueba.—La obligación tipificada en el artículo 1.903, párr. 4.º, C. c., requiere indefectiblemente una relación jerárquica o de dependencia entre el causante material del daño y el empresario demandado, de donde se deduce que, aun sin necesidad de precisar la identidad del sujeto físicamente realizador del acto antijurídico y dañoso, imputable a la empresa de que se trata por insoslayables factores objetivos de ejecución y temporales, concurren primordiales antecedentes que la Sala de instancia estima no acreditados, concluyendo que no consta la data de la actuación dañosa, ni su correspondencia con las obras ejecutadas por la empresa demandada, lo que excluye la posibilidad de exigir la responsabilidad por hecho ajeno, o indirecta, ya se la fundamente en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, ora se acuda a la responsabilidad por riesgo. (Sentencia de 3 de julio de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—En la ya abundante casuística de daños por roturas de cables telefónico (v. últimamente SS. de 26 junio y 9 julio 1984, extractadas en este mismo ANUARIO), no siempre el éxito acompaña en sus reclamaciones a la C.T.N.E., unas veces porque la demanda está procesalmente mal planteada, otras por haber prescrito la acción y también, como en el presente caso, por falta de prueba. Se trataba de un supuesto muy singular: obras de consolidación llevadas a cabo en el Puente de Triana, de Sevilla, consistentes en la inyección de cemento a unos 27 metros de profundidad, como resultado, al parecer, de las cuales sufrió daños una cámara-registro de teléfonos adosada al estribo del puente. Aunque se declara probado que se llevaron a cabo poderosas inyecciones de material a presión para fortalecer los cimientos del puente, la demanda se rechaza por falta de prueba de la fecha en que se realizaron, de la localización exacta de los trabajos, de la existencia de una inspección de Obras Públicas que los autorizó expresamente y por la falta de publicidad sobre la existencia de la cámara-registro. Mientras en otras sentencias favorables a la C.T.N.E. se argumenta sobre la aparición derivada de la naturaleza de la situación objetiva (terrenos contiguos a urbanizaciones) para hacer recaer sobre la empresa constructora un deber de información, en el presente caso la falta de avisos o anuncios situados en el puente, o en sus inmediaciones no hacía exigible tal deber. Parece poco convincente, en cambio la argumentación sobre el Decreto de 1974, cuyas prevenciones —nunca determinantes en esta materia— bien podían utilizarse por vía analógica. (G.G.C.)

21. *Culpa extracontractual. Daños causados por excavadora en cable telefónico. Culpa de la empresa promotora.*—La promotora demandada debe prestar la culpa, más que como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1.903 C. c.,

como una consecuencia de la crasa y grave omisión propia, ya que la única causa eficiente y real del resultado dañoso ha sido la deficiente actividad y franca omisión de la compañía promotora, que no se cuidó de efectuar la mínima prospección y estudio preliminar del subsuelo, lo que ni siquiera hubiera sido preciso si hubiera hecho las consultas pertinentes y solicitado los informes de los Servicios Técnicos de la C.T.N.E.; debe atribuirse al demandado la omisión de la más elemental diligencia que le era exigible a quien, como coordinador y planificador de actividades de carácter multiforme, debe prevenir y evitar los daños que inconscientemente puedan causar las personas o empresas que toma a su servicio y que confiados en la solvencia y garantía profesional de los técnicos que aquélla tiene, sólo han de preocuparse de ejecutar cumplida y fielmente las órdenes y planes de trabajo que les son encomendados.

La interposición de un subcontratista no influye en la responsabilidad directa de la empresa promotora.—La interposición del subcontratista del movimiento de tierras, excavación y nivelación de terrenos, no impide la responsabilidad directa de la empresa promotora, pues existe ya un *corpus* de doctrina jurisprudencial (SS. de 17 mayo 1977, 18 junio y 5 julio 1979, 17 marzo, 24 noviembre y 30 diciembre 1980, 4 enero 1982, 28 febrero, 2 y 25 noviembre 1983), según la cual, de persistir una relación, más o menos intensa o extensa de dependencia, persiste a la par el deber de vigilancia y control, siendo manifiesto en el caso que aquí se enjuicia que, estando reducido el quehacer de la retroexcavadora al movimiento de tierras para cimentación y rebaje siguiendo en un todo las indicaciones del constructor, conservaba o retenía este último respecto del dueño de la máquina y del obrero que la manejaba, una dependencia material y aun legal, existiendo subordinación en cuanto a la delimitación y circunstancias del trabajo concreto a efectuar, y faltando la autonomía excluyente enteramente de la relación de jerarquía o mera dependencia, que es el presupuesto indispensable y suficiente entre el ejecutor material y, a través del empresario de la máquina, del constructor y dueño de la edificación a quien alcanza de lleno el artículo 1.903 C. c. (Sentencia de 26 de junio de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—No hay contradicción con la doctrina de la S. de 9 julio 1984 en la que se declara expresamente que no hay relaciones de subordinación entre la empresa excavadora y la constructora o promotora, si bien cabe preguntar si, en la práctica, no será más frecuente que tal subordinación se produzca, sobre todo si se tienen en cuenta las razones que en esta sentencia se alegan (confianza en la solvencia y garantía de los servicios técnicos de la empresa más grandes y de mayor volumen de actividad).

(G. G. C.)

22. *Culpa extracontractual. Daños por explosión de gas.*—Los daños personales padecidos por el actor y su esposa y los causados en las instalaciones y mercancías de su negocio ubicado en el lugar de autos fueron consecuencia directa de una explosión producida por gas, la cual sólo pudo generarse por fuga de gas natural suministrado por la sociedad demandada debido al defectuoso funcionamiento del aparato contador, o a la grieta observada en el mismo, sin que proceda la casación de la sentencia de instancia por haber hecho aplicación exclusiva del artículo 1.902 C. c., cuando en realidad procedía invocar el artícu-

lo 1.903, párrafo 3.º, al tratarse de daños causados por los empleados al servicio de la entidad demandada, dado que es idéntica la conclusión estimatoria de la demanda.

Prescripción. Interrupción por demanda no acompañada de certificado de acto conciliatorio.—Siendo el instituto de la prescripción extintiva una consecuencia directa atribuida a la falta de actuación del titular de la acción, no puede estimarse que el ejercicio de la misma mediante presentación de la demanda sin el correspondiente acto de conciliación, suponga una inactividad procesal del titular del derecho, merecedora de la prescripción, ni cabe tampoco atribuir menor eficacia procesal a tal acto que a los que, como la simple presentación de la papeleta de conciliación, alcanza la eficacia de interrumpir la prescripción. (Sentencia de 29 de junio de 1984; no ha lugar.)

(G.G.C.)

23. *Culpa extracontractual. Imprudencia temeraria. Integración del «factum».* Si bien la fijación del *factum* está reservada a la instancia, no cabe duda que esta Sala 1.ª del T. S. está facultada para examinar los autos originales, y por sus méritos y con vista de los razonamientos de la sentencia impugnada, y sobre la valoración que allí se haya efectuado del material probatorio, sin alterar la apreciación de las pruebas, integrar el relato histórico cuando no haya sido claramente explicitado por el juzgador de la instancia, quien no viniendo obligado en este orden jurisdiccional civil a diferencia de lo que ocurre en el penal y en el laboral, procede a veces *per saltum*, pasando de la norma o premisa mayor, a la conclusión, ocultando indebidamente o no haciendo, puntual y expresamente, el establecimiento de los hechos, sustituyendo la valoración jurídica de cada uno de los medios probatorios, omitiendo tal apreciación, parcial y aun totalmente, y sustituyéndola por apreciaciones mediales que se hace preciso desentrañar para que este extraordinario recurso de casación alcance sus fines propios.

Ceder el paso.—La imprudencia del conductor de la furgoneta merece la calificación de temeraria, ya que conforme al apartado «z» del artículo 5.º del C. de la Circulación debió obedecer puntualmente la indicación de ceder el paso al otro vehículo que transitaba la vía preferencial o prioritaria, lo que significa que el conductor obligado no debe continuar su marcha o su maniobra, ni reemprenderla si al hacerlo puede obligar a los otros usuarios a modificar bruscamente su dirección o velocidad, pues a tenor del apartado «e» del artículo 25 del mismo Reglamento, cuando alguna vía pública tenga preferencia o prioridad de paso, en los cruces con las mismas, que estarán debidamente señalizados, los conductores cederán siempre el paso a los vehículos o animales que transitan por la vía preferente, sea cualquiera el lado por el que se aproximen, llegando a detener por completo su marcha cuando sea preciso, y en todo caso cuando así lo indique la señal correspondiente; lo que no hizo en este caso, siendo esa desobediencia el origen único de la ocurrencia, ya que el perjudicado, conductor de la motocicleta, circulaba confiado en la preferencia o prioridad de paso de que disfrutaba la calle que transitaba. (Sentencia de 4 de abril de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—No deja de sorprender que el T. S. «se tome el trabajo» de completar el relato fáctico que sirve de base a la sentencia con la única finalidad de re-

forzar la argumentación del Tribunal de instancia, ya que el recurso es desestimado. Así puede concluir en el penúltimo considerando que la conducta del conductor «merece intenso reproche culpabilístico», poniendo de manifiesto la insuficiencia de la indemnización concedida, pues aquella «fue causal a daños personales de imposible reparación *in natura*» (limitación de inteligencia y deterioro psicológico general bastante acusado, con dificultades de deambulacion que sólo puede realizar con ayuda de tercero). ¿Cabe entender que se trata de aleccionar a los Tribunales inferiores para que, en casos similares, señalen indemnizaciones más altas (en el presente caso, tres millones de pesetas, con inclusión del seguro obligatorio)?

(G. G. C.)

24. *Culpa extracontractual. Muerte por accidente de trabajo. Competencia de la jurisdicción civil.*—Según reiterada jurisprudencia a los Tribunales especiales les está atribuido el conocimiento de las contiendas judiciales tan sólo en los casos en que claramente concurren los requisitos específicos y determinantes, según la ley, de su actuación, pues en los demás, incluso en los que ofrecen dudas, actuarán los Tribunales ordinarios, máxime cuando, como en el caso ahora contemplado, se ventilan exclusivamente derechos privados.

Compatibilidad de la indemnización laboral con la civil por culpa o negligencia.—Es también reiterada la jurisprudencia en que se declara que son compatibles la indemnización de tipo laboral por accidente de trabajo cuando éste se realiza con todas las garantías y precauciones, y que asume la Seguridad Social, con aquella otra derivada de actos culposos o negligentes del patrono originantes de acción aquiliana.

Negligencia del empresario. Defectuosa instalación de máquina peladora de lúpulo. Inversión de la carga de la prueba.—El demandado no ha probado la perfecta instalación de la máquina, como le incumbía, dado el principio de desplazamiento de la carga de la prueba que en estos casos de culpa extracontractual recae sobre el presunto culpable, quien en el presente caso no logró desvirtuar la presunción de culpa que sobre él pesa. (Sentencia de 12 de abril de 1984; no ha lugar.)

25. *Culpa extracontractual. Daños en cable coaxial por máquina excavadora. Inversión de la carga de la prueba.*—Se han probado los daños causados por la acción directa de quien manejaba la excavadora, al que hay que imputar el hecho por culpa o negligencia mientras no se pruebe que la acción no le es imputable, prueba que corresponde a quien alega la inimputabilidad demostrando que medió caso fortuito o culpa del perjudicado, o incluso que hubo concurrencia de culpas como efectivamente trataron de probar en la instancia los hoy recurrentes, alegando el incumplimiento por la Telefónica de las disposiciones reglamentarias relativas a la distancia de la instalación respecto de la carretera, o a su profundidad o a la señalización adecuada, sin conseguir su propósito, según declaración del juzgador después de la valoración conjunta de las probanzas practicadas, no dudando en calificar de torpe y negligente la maniobra del conductor de la máquina que produjo el daño.

Prueba de los daños. Valor de los papeles privados.—El artículo 1.228 C. c. se refiere a los «papeles» que se forman y conservan por un particular para mantenerlos consigo, siendo distintos de los documentos «privados» propiamente dichos, escritos por una parte para entregarlos a otra u otras, es decir, para tener publicidad por lo que pueden ser apreciados e interpretados sin trabas por el Juzgador, en su integridad y en los extremos que comprenden, sin la vinculación probatoria de los primeros, según precisó la doctrina jurisprudencial de este T. S. en el Auto de 10 diciembre 1941 y en las SS. de 13 diciembre 1900, 10 mayo 1902 y 16 febrero 1965, entre otras, siendo esta segunda calificación la que corresponde a los documentos aquí contemplados que fueron escritos por la Compañía Telefónica justamente para hacerlos valer ante los Tribunales, siendo de notar que son los únicos existentes sobre el particular porque ni se aportaron otros, ni se solicitó otra prueba que los desvirtuase. (Sentencia de 16 de mayo de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Hay que destacar la aplicación a este sector de la culpa extracontractual del principio de inversión de la carga de la prueba, debido ello probablemente a la reiteración de hechos en los que resulta perjudicada la C.T.N.E. con detrimento del servicio público correspondiente.

26. *Muerte de encierro taurino. Responsabilidad civil del Ayuntamiento organizador. Presunción de culpa de los encargados de vigilar a los animales.*—La muerte se produce al ser atropellado y voltcado por una res que era utilizada como cabestro, en el encierro de las vacas que se corrieron en los festejos que por aquellos días se celebraban en la localidad, siendo de destacar que el accidente ocurrió porque en el encierro algunas de las reses se adelantaron sensiblemente llegando al final del recorrido fijado, donde todas habían de ser recogidas en un recinto preparado al efecto, siendo entonces cuando la víctima salió de un portal situado a escasos metros del mencionado recinto y se dispuso a cruzar la calzada, no apercibiéndose de que las reses, que ya creía a buen recaudo, habían quedado sueltas y reemprendían en sentido inverso, por la misma calle, una ya descontrolada carrera, en cuyo itinerario uno de los cabestros atropelló a la desprevenida víctima, que por causa del traumatismo falleció a las pocas horas, apreciándose una presunción de culpa de los encargados de controlar a los animales, que no se probó que actuaran con toda la diligencia precisa en las circunstancias del caso, deduciendo de todo ello la responsabilidad del Ayuntamiento por culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

Responsabilidad por riesgo.—La realización de un encierro de reses bravas dentro de una población implica un claro riesgo para muchos de sus moradores, aunque no piensen aproximarse a las reses, con la consiguiente responsabilidad por riesgo para quienes lo organizan, como el Ayuntamiento demandado, y es conforme a la justicia distributiva que la coacción social y consiguiente responsabilidad que impone la asunción de peligros por los perjudicados sea desplazada sobre aquel, que si bien de forma lícita y permitida, ha creado los riesgos; y aunque nada se objeta a la licitud de estas conductas, no es justo que la comunidad, o los individuos que la integran, soporten los riesgos específicos no controlables, siendo indiferente que el causante del daño, por acto propio o de aquellas personas de quienes debe responder, esté o no autorizado por acto de la Administración, en este caso por el Gobernador Civil de la Provincia.

Responsabilidad solidaria del asegurador. Interpretación de la póliza.—El riesgo derivado del encierro incluye no sólo el que provenga directamente de las llamadas vaquillas, sino de otras reses que las acompañaban como necesarias, según es usual en las circunstancias en que el accidente ocurrió, y que cabe perfectamente dentro de una interpretación lógica del contrato al amparo de los artículos 1.287 y 1.288 C. c., pues la expresión «riesgos derivados del encierro de diez vaquillas» no se limitan a los daños que éstas causen, sino a todos los que de una forma inmediata se relacionen con ese acontecimiento, entre los que figura el daño ocasionado por las reses que cubrían la carrera de las llamadas «vaquillas».

Inaplicación del artículo 1.905 C. c.—La S. de 26 enero 1972 ha declarado que en el artículo 1.905 se contiene una responsabilidad «totalmente objetiva», y en este caso nada se probó acerca de una conducta del lesionado y fallecido que pudiera calificarse de culposa, y menos con la exclusividad que postula el recurso, pues los hechos probados acusan un defecto en el control de las reses por parte de los dependientes de la Corporación demandada, suficiente no ya para declarar una responsabilidad por riesgo con visos de objetiva, sino incluso para sostener una responsabilidad subjetiva, o por *culpa in operando*, y con el mismo matiz subjetivista al amparo del artículo 1.903, párr. 4.º, para dicha Corporación por culpa *in vigilando* o *in eligendo*. (Sentencia de 30 de abril de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Destaca en esta S., de la que ha sido ponente Santos Briz: 1.º La acertada selección de los hechos que se contiene en el primer considerando, con rasgos de gran viveza y colorido; 2.º La delicadeza con que se trata el tema, apto fácilmente para herir susceptibilidades, ya que reiteradamente se habla de la licitud de organizar tales encierros, no obstante lo cual se hace ver la clara existencia de una responsabilidad por riesgo que, sin embargo, no es la última ratio de la condena; y 3.º El acierto de sustraer el caso del campo de actuación del artículo 1.905, que no parece dictado para estos supuestos que parecen demandar una normativa específica que conlleve el aseguramiento forzoso de los daños.

(G. G. C.)

4. Derechos reales

27. *Usucapión. Acceso de posesiones.*—Los sucesores, a virtud de la adquisición de posesiones que deriva de las reglas primera y segunda del artículo 1.961 del Código civil, pueden computar el tiempo necesario para la prescripción, completando el suyo con el de sus causantes, presumiéndose además que como poseedores en 1922 lo fueron en época anterior y continuaron siéndolo en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario que no se ha producido en la presente litis.

Poseción en dos personalidades distintas.—Lo prohíbe el artículo 445 del Código civil cuando, como en este supuesto, no hay indivisión entre los litigantes.

Actos del comunero.—Cada comunero, al pretender conservar la cosa común, mientras favorece a sus condominios en los actos que produzcan ganancias o ventajas, no les puede perjudicar en los que resulten nocivos, según criterio que se deduce de la doctrina de esta Sala.

Acción reivindicatoria. Legitimación del comunero.—Debe ser estimada la demanda que se formuló en nombre de la comunidad y en beneficio de la misma, que reúne los requisitos reiteradamente exigidos por la jurisprudencia (Sentencia de 27 de enero de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—Se trata de determinar a quién pertenece la propiedad de un monte. El Juez de Primera Instancia declaró que el monte en litigio pertenecía al demandante y a la comunidad en cuyo beneficio acciona. Se condenó por ello a los demandados (Ayuntamiento, Icona y el Estado) a excluir el mencionado monte del Catálogo de montes de utilidad pública, reintegrándolo al patrimonio de la comunidad. La Audiencia Territorial revocó este fallo. Prospera el recurso de casación interpuesto por el comunero en beneficio de la comunidad.

28. *Relaciones de vecindad. Inmisión en el subsuelo de una finca.*—Si bien es cierto que el artículo 350 del Código civil está previsto para proteger el derecho de propiedad, es el propio precepto el que admite limitaciones al dominio. Sus términos no pueden en los actuales tiempos, dado el progreso de la técnica, mantenerse de una forma rigorista y absoluta, cuando las relaciones de vecindad exigen la acomodación de técnicas constructivas a los nuevos adelantos universalmente aceptados, de aquí que tanto en razón de ello, como por las relaciones de vecindad, de las cuales es un claro exponente el artículo 569 del Código civil, ha de suavizarse la interpretación del precepto, sobre todo en los casos de inmisión, cuando, como consecuencia de ella, no se haya derivado perjuicios, como en el caso que se examina acaece, para el propietario.

Presupuesto de aplicación del artículo 1.903 del Código civil.—Es precisa una relación de jerarquía o dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada.

Aplicación del artículo 1.902 del Código civil.—Exige una actuación material del agente en la ejecución de las obras determinantes del daño. (Sentencia de 3 de abril de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—La empresa encargada de la construcción de un edificio efectuó perforaciones en el solar colindante e introdujo en el mismo cables de acero y cemento para conseguir el anclaje del muro pantalla. Por tal razón el propietario del solar solicitó en la demanda que éste quedase en el estado en que se encontraba antes de la intromisión y el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron la demanda. Prospera el recurso de casación.

NOTA.—En esta sentencia se alude claramente a las relaciones de vecindad como limitación del derecho de propiedad, tal como hace un importante sector de nuestra doctrina (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid, 1981, pp. 181 ss.; PEÑA, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, pp. 128 ss.; ALONSO PÉREZ, *Las relaciones de vecindad*, en este ANUARIO, 1983, fasc. 2.º, pp. 357 ss.).

En la sentencia que anotamos se plantea el problema en torno al artículo 350 del Código civil, que dispone que el propietario de un terreno es dueño de su

superficie y de lo que está debajo de ella. Nuestro Tribunal Supremo, a pesar del texto de este precepto, afirma que es lícita la inmisión en el subsuelo de la finca ajena en la medida en que ello no perjudique al propietario de la misma. La doctrina científica más moderna, como precisan Díez-PICAZO y GULLÓN (*Op. cit.*, p. 195), postula una extensión objetiva del dominio que está limitada por el punto al que alcance la posibilidad de utilización y el interés razonable tutelable del propietario. Desde esta perspectiva, a nuestro juicio, hay que enjuiciar la sentencia que reseñamos.

Sobre la cuestión de la relación de dependencia entre el ejecutor de la obra y el empresario en cuanto presupuesto fundamental de aplicación del artículo 1.903 del Código civil, véase la excelente exposición de la jurisprudencia de MIQUEL (*Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente*, en este ANUARIO, fasc. 3.º, pp. 1501 ss.); también pueden consultarse nuestras anotaciones a las sentencias de 4 de enero de 1982 (en este ANUARIO, fasc. 3.º, año 1982, p. 968) y 18 de julio de 1979 (en este ANUARIO, 1980, fasc. 3.º, pp. 805-806). Véase también nuestra anotación a la sentencia de 17 de noviembre de 1980 (en este ANUARIO, 1981, fasc. 2.º, pp. 568-570) relativa a la posible responsabilidad del contratista por el hecho dañoso imputable al subcontratista por el cauce del art. 1.903 del Código civil.

(A. C. S.)

5. Derecho de familia

29. *Capitulaciones matrimoniales y separación de bienes, con liquidación de la sociedad de gananciales.*—Las responsabilidades contraídas en virtud del aval cambiario por el marido no han podido verse alteradas por la escritura de capitulaciones matrimoniales y separación de bienes, con liquidación de la sociedad de gananciales, otorgada meses más tarde de tener lugar el aval, pues el principio de mutabilidad del régimen económico con posterioridad a la celebración de las nupcias, introducido por la Ley de 2 de mayo de 1975 y mantenido en la reforma de 1981, no puede perjudicar en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (arts. 1.322, párr. 3.º, y 1.317, respectivamente). (Sentencia de 14 de mayo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—En relación con sucesivas operaciones de compraventa de productos siderúrgicos la sociedad anónima compradora contrajo una importante deuda. Para lograr la renovación de las cambiales no atendidas a su vencimiento, el Presidente del Consejo de Administración de la sociedad suscribió un aval solidario. A los seis meses de la asunción del mismo, el avalista y su mujer otorgaron capitulaciones matrimoniales, adoptando el régimen de separación de bienes y liquidando la sociedad de gananciales. La sociedad acreedora solicitó en la demanda que se declarase la rescisión de las capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores, así como de la liquidación practicada de la sociedad de gananciales, y se condenase a pagar lo debido, de forma solidaria, a la sociedad deudora, al avalista y a su mujer. El Juez de Primera Instancia acogió íntegramente la demanda. La Audiencia Territorial estimó en parte el recurso de la mujer, declarando que la condena impuesta a la misma afectase tan sólo a los bienes que en capitulaciones matrimoniales le fueron adjudicados con carácter exclusivo. No prospera el recurso de casación interpuesto por la mujer.

NOTA.—Esta sentencia pone de relieve que el sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial adoptado en nuestro Código civil no implica la

desprotección de los derechos adquiridos por los terceros. La Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975 explica claramente el fundamento del artículo 1.322, semejante al nuevo artículo 1.317 del Código civil, diciendo que es una medida de salvaguardia o de garantía de los intereses generales y de los intereses de terceros. Consiste en la relatividad e irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal que en ningún caso perjudicarán los derechos adquiridos por terceros (véase: AMORÓS, *Comentario al artículo 1.322*, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. 2.º, Madrid, 1977).

En el caso de la sentencia que anotamos es lógico que las reglas del régimen de separación de bienes, adoptado en capitulaciones matrimoniales por los cónyuges con posterioridad al nacimiento de los terceros, no les perjudiquen, determinando la insolvencia del marido deudor, tal como ha señalado la generalidad de los autores que han examinado el problema (CAMPO VILLEGAS, *En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separación de bienes*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1977, pp. 271 ss.; GÓMEZ-FERRER, *Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1978, pp. 493 ss.; MAGARIÑOS, *Cambio del régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1982, pp. 47 ss.

(A. C. S.)

30. *Separación matrimonial. Inexistencia de causa legal.*—Se declara probado que la única verdad es que hubo desavenencias entre los esposos, más bien superables por su escasa entidad, pero que aun admitidas, lo cierto es que no están ocasionadas por la conducta culposa del marido, al que no cabe imputarle unas sevicias dolosas reiteradas y graves que le hagan sufrir las consecuencias de una separación que no desea, privándole incluso de la patria potestad del único hijo menor, con quien está en una tesitura magnífica de relación paterno-filial.

Prueba.—El error de derecho sólo se comete cuando se ha infringido un precepto legal no reconociendo a determinada prueba la eficacia que la ley concede y al cual tenga que ajustarse el juzgador, lo que no sucede respecto de preceptos admonitivos como el art. 659 L. E. C. que deja la apreciación de la prueba testifical al discrecional criterio del Tribunal sentenciador, pues la misión de esta Sala no es la de convertirse en una tercera instancia valorando nuevamente una prueba que ya lo ha sido por los dos órganos jurisdiccionales que han conocido del proceso anteriormente. (Sentencia de 30 de mayo de 1984; no ha lugar.)

6. Derecho de sucesiones

31. *Testamento mancomunado.*—El testamento mancomunado prohibido por el art. 669 C. c. es aquél que contiene en un solo acto o instrumento las declaraciones de última voluntad de dos personas, y está caracterizado por su unidad instrumental y no por su contenido; situación que no se da en el caso de la litis pues el testamento abierto es otorgado única y exclusivamente por el marido sin que pierda su carácter individual por el hecho de que manifieste el «acuerdo con su consorte» respecto a la división o adjudicación de ciertos bienes, entre ellos el que tenía en proindiviso con su esposa.

Notas. Codicilos o memorias testamentarias aceptadas por la esposa. No son mancomunadas.—Las llamadas notas, codicilos o memorias testamentarias, a las que la sentencia atribuye naturaleza distributiva y no dispositiva, y el recurrente carácter de disposición *mortis causa*, están escritas y firmadas únicamente por el marido y en ellas se contiene única y exclusivamente su unilateral declaración de voluntad, sin que tal carácter se pierda por la circunstancia de que a continuación, pero en acto o diligencia independiente, estén aceptadas por su esposa, lo que impide considerar el acto como mancomunado cualquiera que sea la naturaleza jurídica de tales notas.

Naturaleza jurídica.—La sentencia asigna el carácter de actos de distribución o partición de bienes a las notas, memorias o codicilos en los que el marido distribuye entre sus herederos sus bienes propios y el que tiene en proindiviso con su esposa, por lo que *a sensu contrario* les niega la naturaleza jurídica de actos patrimoniales de disposición, y a tal interpretación debe estarse por ser ésta una facultad de los Tribunales de instancia que debe respetarse mientras no resulte claramente errónea o equivocada; además la propia sentencia, acertadamente, niega el carácter de acto de última voluntad a la conformidad o aceptación de la esposa a las referidas notas, en cuanto tal aceptación está destinada a producir efectos después de la muerte de su esposo, y no después de su propio fallecimiento, lo que impide se le pueda considerar como acto *mortis causa*, y, por otro lado, se realiza en acto separado, independiente y posterior de tales notas, aunque lo sea a continuación de ellas, de modo que, cualesquiera sean sus efectos, en ningún caso podrían calificárseles de disposiciones testamentarias mancomunadas prohibidas por el art. 669 C. c. (Sentencia de 13 de febrero de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—¿Se altera el carácter personalísimo del testamento por la manifestación del testador de que su consorte está de acuerdo con determinadas disposiciones suyas? Quizá el Notario no debió hacer constar tal aseveración, pues arroja alguna sombra de duda sobre aquel carácter esencial; sin embargo, en el presente caso, es de aprobar plenamente la doctrina de la S. extractada, que califica muy acertadamente de acto *inter vivos* con eficacia *post mortem* de otra persona, la aceptación de la esposa de la distribución de bienes hecha por su marido.

(G. C. C.)

32. *Interpretación del testamento. Prueba extrínseca.*—El testamento otorgado por los causantes con anterioridad al hoy válido y vigente fue estudiado y tenido en cuenta por la Sala de instancia como dato extrínseco y complementario de la determinación de la voluntad de los causantes en su última disposición, con lo cual basta para desestimar el motivo de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Sala.

Error de hecho en la apreciación de la prueba.—La demostración o evidencia del error ha de ser objetiva y no subjetiva, lo que quiere decir que si bien los recurrentes pueden denunciarlo, no por eso pueden construirlo mentalmente, con el intento de hacer prevalecer su criterio personal en la interpretación del documento, lo cual, en definitiva, choca con las tantas veces dicho de que el documento ha de contener un dato escueto, claro, contundente e inequívoco, demostrativo del presunto error.

Interpretación testamentaria.—Debe prevalecer en casación el criterio de los Tribunales de instancia, a menos que resulte manifiestamente erróneo que se trate de un error patente que contraría de modo inequívoco y ostensible la voluntad del testador. (Sentencia de 29 de febrero de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sala de Instancia, al decidir sobre la determinación del objeto legado, acepta la conclusión del Juez de Primera Instancia, que se apoya no sólo en el tenor del testamento, sino en determinados datos extrínsecos (testamento anterior, testigos, situación y descripción de la finca, sus medidas, etc.) y, sobre todo en la intención de los causantes en cuanto a su clara y expresa voluntad de igualar a sus tres hijos. No prospera el recurso de casación.

33. *Derechos sucesorios del hijo adoptivo. Disposiciones transitorias. Criterio interpretativo de la realidad social.*—La norma aplicable es la contenida en el art. 177 C. c. según la inicial redacción del mismo, no requiriéndose para la interpretación de tal precepto labor de hermenéutica distinta de la de acudir al sentido de sus propias palabras, el cual no puede ser alterado en el caso concreto por aquellos otros criterios interpretativos que hacen referencia a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas y a la atención que debe prestarse al espíritu y finalidad de las mismas, habida cuenta de que dicha norma ha de ser aplicada con plena virtualidad a una situación jurídica consumada en 1951, año en que fallece el adoptante, lo que hace que el factor «tiempo» haya que referirlo a la indicada fecha, pues lo contrario significaría que el retraso en el ejercicio de los derechos adquiridos pudiera ser determinante de una modificación en el contenido de los mismos, no sancionada por el legislador concediendo efecto retroactivo a la nueva regulación legal de una institución; razonamiento de los que se deduce que la realidad social y el espíritu y finalidad de la norma en la fecha concreta de su aplicación no puede afirmarse sean los que han venido sancionando las sucesivas modificaciones del C. c. en relación a los derechos sucesorios del adoptado, a través de las reformas de 24 abril 1958, 4 julio 1970 y 13 mayo 1981.

Disposición transitoria primera del C. c.—Esta norma veda la retroactividad de la norma posterior que perjudique derechos adquiridos según la ley anterior.

Interpretación de testamento.—Según reiterada jurisprudencia la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio al respecto ha de mantenerse, a menos que aparezca de modo manifiesto que es equivocado o erróneo por contradecir evidentemente la voluntad del testador; la cláusula del testamento otorgado por el adoptante el 31 agosto 1912, por la que instituye herederos propietarios a «los que designe en otro testamento o los que lo fueran según la ley» no puede interpretarse en el sentido de que la expresión «según la ley» comprendía a la hija adoptiva, ya que la adopción se verificó el 23 mayo 1931, y en la fecha del otorgamiento los hijos adoptivos no eran herederos «según la ley», sin que tampoco sea admisible que la cláusula testamentaria en cuestión, en contra de su clara dicción literal, se entienda que no refleja la voluntad del testador a pretexto de que desconocía su

alcance, ya que ello significaría poner en tela de juicio la competencia profesional del Notario autorizante. (Sentencia de 13 de abril de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Alguna sorpresa causa que se planteen cuestiones sucesorias con más de un cuarto de siglo de retraso respecto de la muerte del causante. En todo caso, las sucesivas reformas de la normativa adopcional, sin haberse prestado especial atención a las situaciones de Derecho transitorio son proclive a originar litigios. La doctrina de esta sentencia (Pte. Sánchez Jáuregui) parece del todo correcta, apareciendo como impecable aplicación de las disposiciones transitorias del C. c. A destacar la inaplicabilidad del criterio sociológico, que hubiera supuesto una clara violación del texto legal vigente

(G. G. C.)

II. DERECHO MERCANTIL

34. *Contrato de fletamento. Incumplimiento de contrato. Inidoneidad de la motonave. Naufragio por impericia del capitán. Responsabilidad civil del naviero frente al cargador.*—Aparte la declaración meramente individualizadora del artículo 840 C. com., el concreto precepto referido al naufragio acaecido por malicia, descuido o impericia del capitán es el art. 841, pero con la finalidad, bien precisa en su texto, de consagrar una acción facultativa directa, tanto del naviero como de los cargadores, frente al capitán culpable, acción que en modo alguno excluye la del art. 618 del propio Código para exigir, el naviero al capitán y, a su vez, los terceros contratantes a aquél, la oportuna responsabilidad civil en los supuestos de daños sobrevenidos por las conductas relatadas en los núms. 1.º, 5.º, 6.º y 7.º del propio art., que se declaran concurren en el presente caso, por lo que procede declarar la responsabilidad civil del naviero por la pérdida de los efectos y perjuicios sufridos por el cargador que con él contrató el flete. (Sentencia de 14 de febrero de 1984; no ha lugar.)

(G. G. C.)

35. *Sociedad Anónima. Impugnación de acuerdos sociales. Legitimación activa.*—El artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas exige la condición de accionista para el ejercicio de las acciones de impugnación de los acuerdos sociales a que se refiere el artículo 67 de la citada Ley (SS. de 17 de marzo de 1967, 15 de junio de 1977 y 16 de mayo de 1978), y, la falta de legitimación activa no corresponde probar a la Sociedad demandada que la opone, ya que «tratándose de acciones al portador, es tan clara la práctica imposibilidad de llevar a cabo la probanza de tal hecho negativo, que para nada hubo de tener reflejo en la documentación social» y por el contrario, resulta muy sencilla la acreditación de los demandantes «de su condición legitimadora con la simple aportación de los títulos que, normalmente, han de obrar en su poder para ostentar el negado carácter de accionista». (Sentencia de 30 de marzo de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—Se ejercita acción de impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta General extraordinaria de accionistas de una Sociedad Anónima, celebra-

da en segunda convocatoria, por socios que no acreditan la cualidad de accionistas de aquélla y representados por acciones al portador.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso casando y anulando la sentencia dictada por la Audiencia Territorial.

(M.^a L. A. G.)

36. *Sociedad Anónima. Facultades de los administradores.*—El artículo 76, segundo párrafo, de la Ley de Sociedades Anónimas, no prohíbe que los poderes o autorizaciones conferidos a los administradores tengan por objeto asuntos no pertenecientes al giro o tráfico de la empresa, pues lo único que señala es que *necesariamente la representación* se extenderá a esos actos, pero sin excluir que se extienda a otros en su caso, pudiendo realizar los administradores todos los actos incluidos en el objeto social, con las limitaciones que resulten del acto constitutivo o del poder. (Sentencia de 14 de mayo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—El Consejero Delegado de una sociedad anónima avala en nombre de ésta unas letras de cambio con las que se procede al pago del alquiler de maquinaria pesada para obras. Llegado el vencimiento, los títulos resultaron impagos, por lo que se notificó notarialmente al aceptante y al avalista. Este último declara, en las diligencias preparatorias de ejecución, que las firmas se parecían a las que usaba, pero que no podía asegurarlo. La sociedad alega la imposibilidad de avalar gratuitamente a terceras personas, por entender que tal acto es una especie de donación, o regalo, y por ello, no comprendido en el giro o tráfico normal de una empresa.

La citada sociedad recurre ante el Tribunal Supremo por infracción del artículo 76-2.º de la Ley de Sociedades Anónimas.

(M.^a L. A. G.)

37. *Representación mercantil. Revocación del apoderamiento.*—Como ha recogido la doctrina de esta Sala en las S. de 25 de noviembre de 1965 y 17 de diciembre de 1974, el apoderamiento otorgado subsiste en tanto no se produzca la anotación de cancelación del mismo en el Registro.

Principio de publicidad registral.—La no constancia registral, al tiempo de la aceptación de la letra de cambio, de las modificaciones de las facultades de apoderamiento, implica, para la sociedad recurrente, ante su desidiosa conducta, una ratificación tácita del actuar del apoderado. (Sentencia de 26 de junio de 1984; no ha lugar.)

ANTECEDENTES.—Un Banco tenedor legítimo de una letra de cambio librada por una sociedad de responsabilidad limitada, ajena al procedimiento, y aceptada por una sociedad anónima, quien aduce la inexistencia de aceptación alegando la falta de las firmas para ello, y, la circunstancia de no adeudar nada a la libradora (en base a que el aceptante carecía de facultades de apoderamiento, al suprimirse el Consejo de Administración y sustituirse por Administradores solidarios) deduce su acción, con la finalidad de ser reintegrado en el importe de dicha letra, junto con sus intereses y gastos de protesto.

La pretensión es acogida en las sentencias de la instancia, declarándose en ambas, como hechos cumplidamente probados, tanto la condición del demandante de tenedor legítimo del efecto cambiario, como la circunstancia de que a la fecha del libramiento del mismo el apoderado aceptante tenía facultades para ello.

(M.ª L. A. G.)

38. *Sociedad anónima. Censores de cuentas. Concepto.*—«Son un órgano de la sociedad encargado de la fiscalización y revisión posterior de la actuación de los administradores de la misma, sobre todo en garantía de las minorías y en interés de los socios».

Censores de cuentas. Nombramiento.—Como se ha contemplado en las sentencias de esta Sala de 31 de mayo de 1957, 7 de febrero de 1967 y 30 de enero de 1974, en aquellos supuestos en los que, por el escaso número de socios, la sociedad no cuenta con dos accionistas que no sean administradores, puede omitirse la necesaria designación como censores de dos accionistas, y así cumplir con el contenido del artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas, el cual prohíbe nombrar censores a los miembros del Consejo de Administración.

Tutela de minorías.—La minoría tiene derecho a elegir un tercer censor y su suplente, miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas, no accionistas (art. 108-2.º LSA), cuyas facultades, en cuanto al contenido del informe técnico que ha de emitir, son más limitadas que las atribuidas por la norma a los accionistas censores. (Sentencia de 4 de abril de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se impugna el nombramiento de censores de cuentas, adoptado por la Junta General ordinaria de una sociedad anónima.

La Audiencia Territorial declara nulo el acuerdo impugnado y el Tribunal Supremo ratifica el fallo de la instancia, ante el recurso interpuesto por la sociedad.

(M.ª L. A. G.)

39. *Sociedades Anónimas. Acuerdos del sindicato de obligacionistas.*—El artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas, que faculta al sindicato de obligacionistas a modificar las condiciones del préstamo, implica no solamente la posibilidad de alterar las modalidades accesorias sino también las esenciales, como son las relativas a la devolución del principal, tanto por lo que se refiere al procedimiento, como a la fecha, la suspensión de un sorteo o a la prórroga del plazo de amortización que no son en definitiva sino alteraciones de las condiciones de la emisión, naturalmente siempre que no se adopten arbitrariamente, tengan una justificación objetiva y sean necesarias al bien común, lo que excluye los supuestos como los que contempló la sentencia de este Tribunal de 4 de enero de 1962.

Alcance de los acuerdos del sindicato. Pueden afectar a obligaciones vencidas. Entre las facultades que son de la competencia de la asamblea de obligacionistas

está la de modificar las condiciones del préstamo, pero tutelando los intereses comunes de los obligacionistas. Es correcto el acuerdo de que las modificaciones de las condiciones del préstamo afecten también a las obligaciones sorteadas, en las que el crédito está vencido y es exigible su valor nominal.

Carácter del sorteo de obligaciones.—El sorteo de obligaciones atribuye preferencia a ser reembolsado por las obligaciones que resulten favorecidas, pero es insuficiente para integrar una variación jurídica sustantiva de la obligación como tal; afecta al pago o reembolso del acreedor (obligacionista) que en vez de hacerse en la fecha de vencimiento establecida se efectúa antes, en forma de pago anticipado, por medio de convenio, con las especialidades propias de la materia y sobre todo con la particularidad de que no pasa de ser una promesa de pago anticipado, que no implica una verdadera modificación de la obligación del tipo previsto en el número 1.º del artículo 1.203 C. c., a cuyo tenor las obligaciones pueden modificarse variando su objeto o sus condiciones principales porque ninguna de las dos cosas resulta modificada, sino solamente el momento o tiempo del vencimiento, que no pasa de ser una simple determinación accesoria de la obligación nacida del contrato de préstamo que con la misma voluntariedad con que se estableció puede ser rectificada con el consentimiento de la colectividad de obligacionistas de una y otra clase, expresada con la mayoría absoluta que reflejó la votación en la asamblea. (Sentencia de 3 de marzo de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—El sindicato de obligacionistas de «Astilleros Españoles, S. A.», derivado de la emisión de obligaciones hipotecarias de dicha entidad de 23 de julio de 1971, dentro de la cual se preveía la amortización progresiva de los títulos mediante sorteos periódicos. En concreto, el 19 de diciembre de 1979 resultaron amortizados por ese sistema de sorteo 132.180 títulos. El 5 de mayo de 1980 se celebró asamblea de obligacionistas entre cuyos acuerdos figuró el de modificar las condiciones de reembolso de las obligaciones que resultaron designadas para amortizar y cuyo importe no había sido todavía reembolsado; se prorrogaba el plazo de reembolso y se ampliaba el interés. La actora, Caja de Ahorros de Cataluña, titular de obligaciones beneficiadas por un sorteo, solicitaba la declaración de nulidad del acuerdo en cuestión, por estimar que la asamblea de obligacionistas no podía acordar nada que afectase a obligaciones favorecidas por un sorteo de amortización ya celebrado. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid estimó la demanda, pero el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto por el sindicato de obligacionistas.

(R. de A.)

40. *Levantamiento del velo de la sociedad anónima.*—La más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento al principio de la buena fe, la tesis y práctica de penetrar en el «substratum» personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude, admitiéndose la po-

sibilidad de que los jueces puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o contra los derechos de los demás... Lo cual no significa —ya en el supuesto del recurso— que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos del tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cuál sea la auténtica y «constitutiva» personalidad social y económica de la misma, el sustrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad «ex contractu» (debe de querer decir «ex delicto») o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, «quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independiente» y menos «cuando el control social efectivo está en mano de una persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad», según la doctrina patria.

También en el ámbito del Derecho administrativo, cuando se habla de los entes públicos o de gestión, a los que se reviste de una forma jurídica perteneciente al Derecho privado (sociedades anónimas, por ejemplo), no se hace sino utilizar una técnica ofrecida por ese Derecho de modo instrumental, del uso de un procedimiento en el que la sociedad aparece como una simple forma para encubrir la creación de un ente filial puro y simple, externamente regida por el Derecho privado, pero en realidad de la pertenencia de la Administración tal como en el caso del recurso ocurre y se declara por la sentencia de instancia, en el que según el contrato, el Ayuntamiento es órgano de la sociedad municipal y el Alcalde su Presidente del Consejo, es decir, con el poder de gestión de la entidad, circunstancia más que suficiente para no considerar tercero o extraño al Ayuntamiento con respecto a la sociedad municipal demandada y, en consecuencia, bastante para llegar a la misma conclusión que la sentencia impugnada, es decir, que la interpelación hecha al Municipio vale para la sociedad como órgano integrante de ésta y que ésta no puede ni debe pretender escapar a sus efectos, determinados en el artículo 1.973 del Código civil, por consiguiente no violado. (Sentencia de 28 de mayo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora había sufrido daños como consecuencia de una rotura de la red de abastecimiento de agua ocurrida en junio de 1977. El 17 de abril de 1978, la perjudicada dirigió reclamación previa contra el Ayuntamiento de Palma de Mallorca. El Ayuntamiento contestó que el mantenimiento de la red correspondía a la empresa municipal (con forma de sociedad anónima) EMAYA. Luego, la perjudicada dirigió demanda contra el Ayuntamiento y contra EMAYA, S. A., previo acto de conciliación el 23 de febrero de 1979. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia revocó la anterior sentencia, estimado en parte de la demanda (condenaba a AMAYA, S. A.) Esta última entidad recurrió en casación, alegando, como ya lo había hecho antes, que frente a ella había prescrito la acción, al amparo del número 2.º del artículo 1.968 del Código civil. En efecto, los daños habían sido en junio de 1977 y la prescripción se había interrumpido frente al Ayuntamiento (por la reclamación previa de abril de 1978), pero no frente a EMAYA, pues el acto de conciliación dirigido contra ella fue en febrero de 1979, es decir, transcurrido un año desde el hecho dañoso.

En casación, EMAYA, S. A. invocaba la violación del artículo 1.973 del Código civil (relativo a la interrupción de la prescripción) y por tanto también la del 1.968, número 2.º.

El Tribunal Supremo sienta la interesante doctrina que acabamos de reproducir en parte, por la que, a través del «levantamiento del velo» de EMAYA, S. A., llega a identificar su sustrato personal con el del Ayuntamiento (frente al cual sí se había interrumpido en forma la prescripción), concluyendo que dicha interrupción afectaba también a EMAYA, S. A.

(R. de A.)

41. *Contrato de depósito en cuenta corriente. Falsificación de talón bancario. Ausencia de responsabilidad en el empleado del banco.*—No incurre en negligencia (art. 1.104 del Código civil) el empleado del banco que pagó un talón bancario falsificado, pues el dictamen pericial practicado en autos demostró la perfecta falsificación de las firmas o su exactitud con la del depositante y tenedor legítimo (demandante y recurrente), falsificación sólo discernible con medios técnicos complejos y adecuados. El empleado de la ventanilla bancaria no dejó de actuar con la diligencia exigible.

Ante la invocación por el recurrente de la teoría del riesgo, cabe decir que aun con la aplicación de la teoría de la responsabilidad cuasiobjetiva, más bien traspaso o inversión de la carga probatoria, es aquel empleado favorecido por la prueba practicada y en cuya virtud no es posible reprochar al empleado una conducta culposa o incumplidora de los deberes normales de su función, incluso de los más exigentes, relativos a la comprobación del documento y a la identidad del tenedor del cheque (*sic*). (Sentencia de 7 de junio de 1984; no ha lugar.)

(R. de A.)

42. *Ampliación de capital en sociedad anónima.*—Es válida y eficaz la decisión de la junta general de unificar el tiempo de suscripción y el del pago de las nuevas acciones, de forma que la falta de desembolso impedía que se tuviese por verificada la suscripción. Por tanto, es válido el acuerdo del Consejo de Administración por el que se tuvo por renunciantes a las actoras respecto a la suscripción de las acciones cuyo importe no desembolsaron dentro del plazo máximo establecido por la junta.

Caducidad del derecho de suscripción preferente.—Con el transcurso del plazo establecido por la junta general para realizar el desembolso de las nuevas acciones caducó el derecho de las actoras a su suscripción preferente, así como el de ceder tal derecho a otro accionista.

Actos propios.—Aunque es cierto que la sociedad aceptó una cantidad recibida el 6 de junio, es decir, después de finalizado el plazo para el desembolso, y la aplicó a la suscripción de acciones por su importe, ello no refleja más que un acto de condescendencia al que no venía constreñida la sociedad y que, desde luego, no le vincula como acto propio para aceptar cantidades recibidas con posterioridad.

Emisión de acciones con desembolso parcial.—No es aplicable al caso el artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuyo presupuesto lo constituye el acuerdo de emisión de acciones con desembolso parcial, pues en el caso enjuiciado las actoras no llegaron a adquirir la titularidad de las acciones a cuya suscripción tenía: derecho preferente, al no desembolsar su total importe dentro del plazo señalado en el acuerdo de emisión. (Hay que advertir que en dicho acuerdo se había optado por el desembolso total y simultáneo a la suscripción).

Imputación de cantidades entregadas a la sociedad a la suscripción de todas las acciones nuevas a las que las actoras tenían derecho de suscripción preferente. Si la suscripción exigía el desembolso completo del importe de las acciones nuevas, no puede admitirse la argumentación de las recurrentes tendentes a que las cantidades por ellas entregadas debió haberse imputado a la totalidad de las acciones que proporcionalmente tenían derecho a suscribir. (Sentencia de 21 de mayo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Las actoras habían entregado, fuera de plazo pero con aceptación por parte de la sociedad, unas cantidades que no cubrían el total precio de las acciones nuevas sobre las que tenían derecho preferente de suscripción. En su demanda solicitaban que se les considerase suscriptoras de todas las acciones nuevas a las que tenían derecho, admitiéndose el pago del precio establecido. El último apartado del presente extracto se refiere al siguiente argumento de las actoras: ya que se nos han aceptado ciertas cantidades por cuenta de la suscripción, que se considere que hemos querido suscribir todas las acciones nuevas a las que tenemos derecho, imputando parcialmente a la totalidad de dichas acciones las cantidades entregadas. La Sala rechaza la pretensión.

(R. de A.)

43. *Sociedad anónima no inscrita. Naturaleza de la situación.*—La escritura pública de constitución en tanto no se inscribe en el correspondiente Registro no da lugar a una sociedad anónima con personalidad, efectos y posibilidad de ejercicio de acciones civiles como tal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley reguladora de las Sociedades Anónimas, que tampoco posibilita una sociedad irregular con este carácter; pero sí crea un ente social o vínculo societario con aspecto y consideración civil —que autoriza «a sensu contrario» el artículo 1.670 del Código civil, en cuanto se han cumplido los requisitos de forma y fondo prevenidos por dicho Código para generar relación societaria— constitutivo de una sociedad privada de índole civil, con efectos en el ámbito estrictamente civil.

Idem. Atribución de los bienes aportados.—Si bien es cierto que la sociedad anónima constituida en la escritura no adquirió personalidad jurídica como tal hasta su inscripción, momento en el que adquiere los bienes aportados, no cabe desconocer que el convenio social otorgado, con la correspondiente aportación a su base económica de una finca por parte de un socio, desplazó el dominio de ésta al ente social (1) creado, y aún más en cuanto que la aportación de la finca

(1) De índole civil.

no fue pacto que se hubiera mantenido oculto entre los socios, al venir constatado en escritura pública. Conclusión ésta que no impide ni el artículo 6.º de la Ley de Sociedades Anónimas ni la doctrina de la Sala.

Idem. Tercería de dominio sobre finca aportada.—No puede realizarse embargo de la finca aportada en escritura de constitución de sociedad anónima todavía no inscrita en exclusividad con relación al socio que la aporta, por cuanto entre tanto no se produzca la inscripción registral existe una sociedad privada de índole civil a la que se desplaza el dominio de la finca. Caso de efectuarse el embargo, la sociedad receptora está provista de acción de tercería de dominio, pues tras la aportación a dicho ente social únicamente ha quedado atribuido al precitado socio una participación de cuota indivisa referida a sus derechos societarios, que es lo único que podría serle embargado, como consecuencia de la proporcionalidad que le viene atribuida en relación con su respectiva cuota según previene el artículo 393 del Código civil. (Sentencia de 24 de marzo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de tercería interpuesta por una sociedad anónima frente al embargo anotado después del otorgamiento de la escritura constitutiva, pero antes de la inscripción, sobre finca aportada, y decretado en expediente de apremio seguido por la Recaudación de Tributos contra el socio aportante.

Debe destacarse en el caso que la reclamación administrativa previa fue realizada por la sociedad tercerista antes de su inscripción, si bien la demanda de tercería es posterior a ésta; dato revelante de cara a la legitimación y requisitos de procedibilidad. Por lo demás, la sentencia es confusa en cuanto a si, entre tanto no se inscribió la sociedad anónima, existió un ente social dotado de personalidad (lo que parece resultar de algunos considerandos) o tan sólo una situación de comunidad de bienes (en la que en definitiva parece apoyarse al argumentar la procedencia de la tercería).

(J. C.)

III. DERECHO PROCESAL

44. *Constitución de explotación de actividades en común. Fuerza de ley del contrato entre las partes. Litisconsorcio pasivo necesario. Contrato de arrendamiento no probado.*—El alegato de que la relación jurídico procesal estuvo mal constituida por faltar el indispensable litisconsorcio pasivo necesario, a causa de que no fue demandada la mujer del en su día demandado (hoy recurrente) debiendo haberlo sido pues también era titular de la sociedad existente, choca con los términos claros y terminantes del contrato inicial que, con la fuerza de ley que, para los intervinientes, le atribuye el artículo 1.091 del Código, es el rector de sus relaciones, el cual se circunscribe a los dos que exclusivamente aparecen como contratantes, por lo que la relación jurídico procesal, derivada de la contractual, sólo podía constituirse entre ellos, no pudiéndose incluir a la mujer del demandado que allí no figura y sin que sea posible alegar la norma de 1.139 que exige la existencia de una cotitularidad que, en este caso, no se ha acreditado; con lo que no puede confundirse la intervención *de hecho* de dicha señora, ayu-

dando y colaborando con su marido en la marcha del negocio, que no tuvo, ni podía tener repercusión jurídica alguna a estos efectos.

El recurrente denuncia violación del 57 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, relativo a la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento, haciendo supuesto de la cuestión, respecto de la existencia de un contrato de arrendamiento al que dicho precepto pudiese ser de aplicación, siendo así que, como se ha visto, el resultado probatorio acreditó justo todo lo contrario. (Sentencia de 14 de febrero de 1984; no ha lugar.)

(L. F. R. S.)

45. *Elementos necesarios para que se produzca el efecto de cosa juzgada material. Doctrina civil: no contiene.*—Para que se produzca el efecto de cosa juzgada es necesario que se dé la precisa trilogía establecida en el artículo 1.252 del Código civil de «*eadem personae*», «*eadem res*» y «*eadem causa petendi*», y que con su concurrencia inciden en el apotema jurídico «*non bis in eadem*». Con respecto a la «*causa petendi*» hay que aclarar que una cosa es pedir una atribución de dominio con base en entender que se dan las circunstancias que determinan una situación posesoria amparada por una concreta norma legal, la del Real Decreto de 1 de diciembre de 1923, y otra solicitar aquella atribución de dominio con base en la simple acción del tiempo, por vía de la prescripción adquisitiva, y por tanto con independencia de la referida normativa, sancionada por el aludido Real Decreto. Esto evidentemente implica diversidad de acciones generantes de diversidad de causas, impositivo de crear situación de cosa juzgada, como tiene declarado la Sala Primera del T. S., y reiterado según una reciente sentencia de 14 de junio de 1982. (Sentencia de 17 de febrero de 1984; no ha lugar.)

(P. M. H.)

46. *Litisconsorcio pasivo necesario. Tratamiento en casación.*—El primero de los motivos del recurso, por el cauce del núm. 1.º del art. 1.692 de la L. E. C., invoca la infracción del art. 4.º de la L. E. Crim.; y siquiera sea jurisprudencia muy reiterada de esta Sala que «*ley*» en el sentido y a los fines del invocado número del art. 1.692 lo es únicamente la disposición de ese rango cuando además sea de naturaleza sustantiva y ésta civil, rechazándose por lo tanto como inhábiles para fundar por su infracción el recurso de casación las disposiciones que no sean leyes o que, siéndolo, no sean sustantivas sino procesales y máxime si a esta calificación suman la de no corresponder al orden civil sino al penal, circunstancias todas que concurren en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que suministra el artículo 4.º invocado por el motivo en estudio, pero, con todo, también se ha dicho por esta Sala que los preceptos, cualquiera que sea su verdadera naturaleza, se transmutan en sustantivo-civiles cuando por su aplicación hacen imposible la continuación del juicio civil, situación en la cual y a falta de otro encaje más preciso, se hace inexcusable encuadrar su infracción en el tan repetido número 1.º del art. 1.692 de la L. E. C.

No existe litisconsorcio pasivo necesario por no demandar al fiscal.—Que no existe litisconsorcio pasivo necesario lo persuade la índole de las cuestiones debatidas, puesto que consisten en diferencias habidas entre socios de una sociedad

anónima y paralelamente partícipes de una comunidad de bienes íntimamente vinculada a la primera. Se equivoca por tanto la Audiencia Territorial cuando estima, de oficio, la concurrencia de una situación litisconsorcial pasiva con el carácter de necesaria, fundada en no haber sido parte en el juicio el Ministerio Fiscal. (Sentencia de 16 de mayo de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad anónima y uno de sus socios, actuando éste por sí y en interés de una comunidad de bienes a la que también pertenecía, entablaron demanda contra un individuo, tendente a que se declarase que el demandado no era ni socio de la anónima ni miembro de la comunidad. El demandado formuló reconvencción.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en un extremo intrascendente y también parcialmente la reconvencción, declarando que el demandado-reconviniendo sí era socio de la anónima y miembro de la comunidad de bienes en cuestión. La sentencia —el extremo es importante— fue de 5 de octubre de 1981. Hay que hacer notar que el 19 de enero de 1981 la Audiencia Provincial de Orense había dictado auto, teniendo por planteada la cuestión prejudicial civil del artículo 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con base en el juicio de mayor cuantía que comentamos, «por poder influir, como presupuesto básico, la ejecutoria que allí recaiga, en la existencia o inexistencia del delito de apropiación indebida» objeto de las diligencias penales.

Con base en la existencia de este auto, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, en el recurso de apelación de los autos comentados, dictó sentencia estimando de oficio la concurrencia de una situación litisconsorcial pasiva con el carácter de necesaria, fundada en no haber sido parte el Ministerio Fiscal en el juicio civil.

(R. de A.)

47. *Carga de la prueba.*—Si el artículo 1.214 del Código civil, en cuanto regulador del «onus probandi», sólo debe ser aplicado cuando se trate de un hecho no probado y cuya falta de prueba debe soportar aquél sobre el que pesaba la carga de acreditarlo, es manifiesto que no entra en juego en casos como el presente, en el que el juzgador declara probados los hechos básicos de la oposición.

Prueba de presunciones.—Entre el hecho admitido por los litigantes y aquél que se trata de demostrar no existe la necesaria conexión y congruencia para que la realidad del primero conduzca al conocimiento del segundo, antes al contrario, el hecho de haber abonado en la cuenta corriente el millón de pesetas, después de haberlo cargado en pago del indicado talón, parece deducirse el reconocimiento por el Banco de que tal pago lo realizó indebidamente. (Sentencia de 18 de mayo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Este caso versaba en realidad sobre una cuestión de hecho. Un banco había atendido un talón de un millón de pesetas, siendo así que el titular de la cuenta corriente y firmante del efecto afirmaba haber hecho llegar al banco, antes de la fecha del pago, una carta por la que se ordenaba a la entidad bancaria

esperar instrucciones antes de abonar el talón. La Audiencia, contra lo resuelto por el Juzgado, consideró que el banco no había probado lo que alegaba, es decir, que la carta en cuestión se había recibido en sus oficinas días después de la fecha que en dicha carta figuraba, por lo que el abono del talón se hizo sin conocerse todavía la oposición del titular de la cuenta corriente.

(R. de A.)

48. *Prueba de presunciones. Cauce procesal.*—El artículo 1.253 del Código civil no contiene norma valorativa de prueba que pueda sustentar la demostración de un error de Derecho (SS. de 29 de septiembre de 1982, 18 de octubre de 1982, 29 de octubre de 1982, etc.) y su cita y alegación, si se ataca el nexo lógico de la presunción ha de hacerse por el cauce del número primero del art 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (SS. de 10 de junio y 13 de noviembre de 1981).

Idem. Valoración.—Es también doctrina reiterada que para enervar con el recurso de casación la inferencia judicial, es decir, el enlace entre el hecho base y el hecho consecuencia, ha de ponerse muy de manifiesto que esa actividad judicial atenta contra las reglas del buen sentido y de la sana lógica y que la conclusión sea absurda, ilógica o inverosímil (SS. de 26 de marzo de 25 de abril y 18 de octubre de 1982), con la consecuencia de mantenerla si así no ocurre.

Mandato expreso o tácito. Ratificación por el mandante.—Como dice la sentencia de 15 de junio de 1966, si bien es cierto que el contrato celebrado por el mandatario con los terceros, fuera de los límites del mandato o con poder insuficiente o nulo, no obliga al mandante, también lo es que puede ser ratificado por éste (art. 1.727, 2.º C. c.) expresa o tácitamente, forma esta última que tiene lugar cuando sin hacer uso de la acción de nulidad acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado, mostrando así su consentimiento concordante con el del tercero.

Si la ratificación se da, se considera el negocio como válido y eficaz, y suplida así la falta de apoderamiento previo, estimándose que en virtud del mandato ostensible o representativo aparente queda obligado en favor de los terceros, siempre que éstos hayan podido legítimamente suponer la existencia del mandato. (Sentencia de 10 de mayo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de la recepción, por parte del constructor de un edificio, de ciertas cantidades entregadas por el matrimonio demandante a cuenta del precio de dos pisos en dicho inmueble. La Audiencia Territorial consideró probado que el promotor del edificio había recibido del constructor las cantidades citadas y había consentido y ratificado el contrato celebrado entre aquél y el matrimonio en cuestión.

(R. de A.)

49. *Liberación del inmueble objeto de subasta. Entrega de talón no conformato antes de verificarse el remate. Suspensión de la subasta.*—El único problema debatido es el de dilucidar si la liberación del inmueble objeto de la subasta decretada por el Auto recurrido, se ajustó o no a la normativa del artículo 1.498

de la Ley de Enjuiciamiento, lo que implica, a su vez, dos cuestiones: en primer lugar si el acto discutido se efectuó antes de verificarse el remate; y en segundo término, si la entrega de un talón no conformado puede reputarse como verdadero pago de principal y costas.

El Auto recurrido contiene la declaración puramente fáctica de que la «circunstancia se produjo antes de ser aprobado el remate»; declaración que no fue impugnada por la vía procesal pertinente y que, consiguientemente, tiene que respetarse. Lo segundo tiene que ponerse en relación con el art. 1.170 del Código, pero no solo, como hace el recurso, con su párrafo primero, sino con todo el precepto; y es visto que el párrafo segundo preceptúa que «la entrega de pagarés a la orden o letras de cambio u *otros documentos mercantiles*, sólo producirán los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados...», añadiéndose en el párrafo 3.º que «entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva, quedará en suspenso»; por lo que, tratándose de uno de aquellos documentos a que se refiere el legislador, tuvo que haberse producido la suspensión hasta que el efecto hubiese sido realizado, a lo que no puede ser obstáculo el hecho de que el talón bancario no estuviese conformado, porque la «conformidad», de uso frecuente en la práctica mercantil, no es un requisito legalmente exigido que pueda modificar el precepto en cuestión. (Sentencia de 22 de marzo de 1984; no ha lugar.)

(L. F. R. S.)

50. *Juicio declarativo. Alcance de la cosa juzgada. Cuestiones que pudieron excepcionarse y oponerse en el juicio ejecutivo.*—Conforme a la doctrina correctora en torno al art. 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establecía por reiterada jurisprudencia contenida, entre otras, en la sentencia de 9 de febrero de 1977, no es admisible que en posterior juicio declarativo puede el ejecutado plantear cuestiones —incluso el pago— que en el ejecutivo pudo excepcionar y oponer, paliando o paralizando éste, habiendo tenido cabal conocimiento de los diversos momentos procesales y siendo sólo a él imputable la pasiva situación de rebeldía mantenida en el caso.

En general, según la sentencia de 6 de octubre de 1977, no pueden volver a discutirse los defectos del título ni las faltas que en el procedimiento pudieran haberse cometido, a las cuales no se opuso el ejecutado oportunamente, ni las excepciones que pudieron formularse y resolverse en el ejecutivo en forma de oposición o nulidad.

Idem. Excepción de pago.—Siendo de cargo del deudor en el juicio ejecutivo cambiario no sólo el saldo de la cantidad principal, sino también los gastos de protesto, los intereses del principal desde su fecha y las costas causadas hasta el completo pago, no puede operar la excepción de pago, ex art. 1.464-2.º de la Ley Procesal Civil, ni evitarse el embargo y subsiguiente continuación del procedimiento sin la previa entrega de las mencionadas cantidades en su totalidad, aunque el tenedor haya sido reembolsado del principal, según resulta de los artículos 1.445 1.446, 1.473 y 1.474 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 29 de mayo de 1984; no ha lugar.)

(J. C.)