

3.º JURISPRUDENCIA PROCESAL

Por ELÍAS IZQUIERDO MONTORO

LA TERCERÍA DE MEJOR DERECHO HA DE FUNDARSE EN EL QUE PRETENDE TENER EL TERCER OPOSITOR PARA SER REINTEGRADO DE SU CRÉDITO CON PREFERENCIA AL DEL EJECUTANTE. ES, POR TANTO, INDISPENSABLE QUE SEA UNA MISMA PERSONA, NATURAL O JURÍDICA, LA DEUDORA DE AMBOS CRÉDITOS, O QUE EL TERCERO SEA, LO MISMO QUE EL EJECUTANTE, ACREEDOR DEL EJECUTADO (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1971).

Hechos.—Se presentó demanda de la comisión liquidadora de don F. A. T., en base al convenio aprobado judicialmente, en cuya ejecución se otorgó escritura de poder a favor de dicha comisión.

En demanda ejecutiva del Banco Español de Crédito (B. E. C.) contra don G. A. T. y doña M. U. R., se procedió contra un piso que figuraba en el activo de bienes del suspenso como de su propiedad y—por consiguiente—sujeto a realización y venta por todos los acreedores, por lo que el Banco, al hacer suyo íntegramente el precio de la subasta, causa un perjuicio a la masa de acreedores, sin estar amparado por título hipotecario ni privilegio de clase alguna. El referido Banco asistió a la Junta de Acreedores que aprobó el convenio y es—además—uno de los miembros de la comisión liquidadora.

Suplicó declaración del mejor derecho de la comisión y que el producto de la venta se ponga a disposición de tal comisión, con imposición de costas a los demandados.

Se contestó que el convenio invistió a la comisión de los más amplios poderes, que podía ejercitar en plazo máximo de tres años, dejando a salvo las acciones que pudieran tener los acreedores, derivadas de los títulos de crédito en los que intervengan terceros, para ejecutarlos contra éstos. Se razona sobre el cómputo inicial y final del plazo de los tres años y no se reconoce que el piso—objeto de la tercería—fuese propiedad del tercerista suspenso. El precio de la venta quedó depositado a resultas de la tercería.

Suplicó sentencia desestimatoria de la demanda con imposición de costas al actor.

Primera Instancia.—Se declara el mejor derecho de la comisión liquidadora de la suspensión de pagos sobre el Banco.

Apelación.—Se confirma la sentencia apelada.

Casación.—Despachada ejecución en favor del Banco, a virtud de póliza de préstamo y crédito garantizada, se pretende por la comisión liquidadora, en su nombre y como representante del suspenso, se declare el mejor derecho a hacer efectivo su crédito con el valor del bien embargado a la esposa del suspenso, de lo que claramente resulta que son distintas las personas, respectivamente, deudoras frente al Banco y a la comisión liquidadora, y como la tercería de mejor derecho ha de fundarse en el que pretende tener el tercer opositor para ser reintegrado de su crédito con preferencia al del ejecutante, es, por tanto, indispensable, y así lo tiene declarado esta Sala, que sea una misma persona, natural o jurídica,

la deudora de ambos créditos, o que el tercero sea, lo mismo que el ejecutante, acreedor del ejecutado, circunstancia que no se da en el caso de autos, pero que la comisión liquidadora entiende se cumple por el bien embargado de la sociedad de gananciales y figurar en el patrimonio del suspenso.

Aun dando por supuesta la naturaleza ganancial del piso objeto de traba resulta indiscutible que en forma alguna puede estimarse, constante matrimonio, como bien de la exclusiva propiedad del marido que pueda integrarse en la masa activa del suspenso, y si es verdad que son de cargo de la sociedad de gananciales todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, no lo es menos que también responden de las que contrajera la mujer en los casos en que pueda legalmente obligar a la sociedad, es decir, autorizada por el marido, tal como en el supuesto de la litis ocurrió, de lo que, consecuentemente, no cabe entender que ni por el convenio en Junta de Acreedores, conforme al cual don F. A. T. ponía a disposición de la comisión liquidadora la totalidad de su activo para que mediante su realización y venta se pague el pasivo, pues no entra dentro de sus facultades, en relación a los bienes gananciales, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1.415 del Código civil, ni por el apoderamiento otorgado por dicho suspenso a favor de la comisión..., aun prestando el consentimiento su esposa, en cuanto sea preciso, a los efectos previstos en el artículo 1.413 de dicho Cuerpo legal, permite dar por supuesta aquella identidad subjetiva que, como presupuesto de prosperabilidad, requiere la tercera de mejor derecho..., puesto que no existiendo un deudor común no hay términos hábiles para confrontar y, en su caso, graduar y determinar la respectiva preferencia de los créditos reclamados.

El último párrafo del artículo 9 de la Ley de Suspensión de Pagos necesariamente ha de entenderse remitido a los embargos y administraciones judiciales que pesen sobre bienes de la exclusiva propiedad del suspenso y, en todo caso, tratándose de bienes gananciales que no estén con anterioridad afectos a deudas contraídas por la mujer, autorizada por el marido antes de ser declarado en suspensión de pagos..., sin que, por tanto, pueda decirse que el mencionado artículo establezca preferencia alguna en favor de la comisión liquidadora, como supuesta ejecución universal sobre la singular, pues tal cabría entenderlo en base de aquella unidad de deudor, que, como se ha expresado, no puede admitirse, al no ser la misma persona sobre la que recaen uno y otros créditos, ni entender ni puede en tal sentido tenerse por preceptuado del artículo 1.408 del Código civil el que los cónyuges tengan una única personalidad, cuando con respecto a gananciales aparecen deudas contraídas por el marido y deudas contraídas por la mujer, de las que responden con total independencia, por lo que no pueden confundirse en una sola.

Admite el recurso de casación por infracción de ley.

EL RECIBIMIENTO A PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA, CUANDO SE SOLICITA INVOCANDO COMO FUNDAMENTO EL NUMERO 3 DEL ARTICULO 862 DE LA LEY RITUARIA CIVIL, UNICAMENTE PUEDE OTORGARSE SI DESPUES DEL TERMINO CONCEDIDO PARA PROPONERLA EN LA PRIMERA HUBIERA OCURRIDO ALGUN HECHO NUEVO DE INFLUENCIA EN LA DECISION DE LA CUESTION LITIGIOSA, CIRCUNSTANCIA QUE DEBE APRECIAR EL TRIBUNAL A QUO PARA RESOLVER SOBRE LA PRETENSION (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1971).

Hechos.—El actor viene dedicándose al comercio de electrodomésticos y el demandado vendía directamente a los usuarios los aparatos adqui-

ridos al actor, para cuyo pago se aceptaron las cambiales que se acompañaban. En las diligencias preparatorias de juicio ejecutivo, el demandado no reconoció como suyas y legítimas las firmas de las cambiales y negó que debiese cantidad alguna.

Se admitió la existencia de relaciones comerciales anteriores, se justificó el pago de lo adeudado por los documentos que se acompañaban, y después de argumentar sobre el saldo líquido actual, se explicó la existencia de los efectos presentados de adverso, que se trataba de otros efectos entregados a otra compañía en garantía de una operación comercial que nada tenía que ver con las relaciones comerciales habidas con el actor.

Primera Instancia.—Se estimó la demanda y se dictó sentencia condenatoria.

Apelación.—En el escrito de personación, la representación del apelante alegó, por otrosí, que presentó escrito, obrante en autos, al que se adjuntaba parte de los documentos que le habían sido entregados al emplazarle; que al dictar sentencia, el Juzgado estimó que no se trataba de los mismos documentos que fueron entregados al demandado, puesto que tales fotocopias no coincidían con los originales en cuestión, y... que habiendo padecido el Juzgador un error... y siendo susceptible tipificar como delito los hechos acaecidos en tales autos..., suplicaba que, con suspensión del curso del procedimiento, se pusieran tales hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal o Juzgado de Guardia para la instrucción del correspondiente sumario contra quien procediere...; dicha petición se denegó por auto de la Sala Civil de la Audiencia Territorial, por considerar que tal petición ya se hizo en Primera Instancia y fue resuelta en la correspondiente sentencia, «debiendo estimarse, por tanto, que dicha petición se halla pendiente del recurso interpuesto, como todo el fondo del pleito, siendo en la resolución final que dicte la Sala donde se podrá decidir sobre este punto».

La Sala de lo Civil de la Audiencia declaró no haber lugar al recibimiento a prueba de los autos en Segunda Instancia, por considerar que no concurrían en el presente caso los requisitos exigidos en el número 3 del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Contra este auto se interpuso recurso de súplica, que no se admitió por los propios fundamentos del acto primero, y se dictó sentencia, que confirmó en todas sus partes la apelada, con expresa imposición de costas de la alzada a la parte apelante.

Casación por quebrantamiento de forma.—El Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina de interés: el recibimiento a prueba en Segunda Instancia, cuando se solicita invocando como fundamento el número 3 del artículo 862 de la Ley Rituaria civil, únicamente puede otorgarse si después del término concedido para proponerla en la Primera hubiera ocurrido algún hecho nuevo de influencia en la decisión de la cuestión litigiosa, circunstancia que debe apreciar el Tribunal *a quo* para resolver sobre la pretensión.

La parte recurrente solicita la práctica de esta prueba por su criterio de derivar de aquellos documentos un hecho tipificado en el Código penal, y a ello se encamina dicha petición probatoria, olvidando que ello no constituye más que una interpretación, más o menos veraz, que no integra la realidad de los hechos que son objeto del pleito, y que tal supuesto delictivo no puede admitirse ni en Primera ni en Segunda Instancia, porque ello supondría la comprobación de la denuncia de un hecho delictivo por nadie formulado ante la jurisdicción competente, que habría de perseguirse en el juicio criminal correspondiente, y—por eso—el artículo 514 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil exige en estos casos y obliga a la parte perjudicada a entablar la querella criminal; por todo lo cual, no constituyendo lo alegado en el caso actual, como fundamento para solicitar la prueba, un hecho nuevo e ignorado, sino una apreciación del recurrente sobre una supuesta falsedad, no puede invocarse, ni mucho menos considerarse infringido, el número 3 del artículo 862 de la Ley adjetiva.

Se rechaza el recurso formulado.

LA PROVIDENCIA QUE CUMPLIMENTA UNA EJECUTORIA NO DEBE AGUARDAR LA FIRMEZA DE LA DENEGACION DE UNA TERCERÍA O DE UN INCIDENTE DE PREVIO PRONUNCIAMIENTO. TERCERÍA POR GANANCIALIDAD DE LOS BIENES EJECUTADOS (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1972).

El Banco de Santander obtuvo sentencia firme, por la que se condenaba a don Julián Olaizola Orbegoza, contratista, a venderle unos locales sobre los que aquella entidad ostentaba un derecho de opción de compra. El condenado utilizó todos los medios procesales a su alcance para obstaculizar la ejecución de sentencia, promoviendo hasta dos incidentes. Como último recurso, su esposa, alegando el carácter ganancial de los bienes a ejecutar, presentó escrito interponiendo tercería de dominio o, cuando menos, un incidente de previo y especial pronunciamiento que suspendiese la ejecución. Por auto de 2 de marzo de 1970 se desestimó el anterior escrito, dejando a salvo el derecho de la interviniente para deducir las mismas pretensiones en el correspondiente proceso. Sin resolverse aún la reposición interpuesta a ese auto, el Juzgado dictó providencia ordenando proseguir perentoriamente la ejecución. Dicha providencia es recurrida en reposición, por no haberse resuelto con firmeza la pretensión de tercería. El Juzgado desestima esta reposición, y con la misma fecha, pero posteriormente, la interpuesta al auto denegatorio de la tercería. La Audiencia confirma la desestimación de los dos recursos de reposición, y contra el auto que lo acuerda se interpone recurso de casación.

Considerando que el presente recurso de casación, formulado por el cauce del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el único motivo que contiene pretende apoyar su denuncia contra el auto recurrido exclusivamente en tres argumentos: en primer lugar, que la mujer del demandado—que ahora figura como recurrente—, alegando la condición de ganancial del inmueble a que se refería la ejecución, había presentado un escrito pidiendo la suspensión de ésta o, alternativamente, que se tuviese por interpuesta una tercería de dominio, pretensión que fue desestimada el día 2 del mes de marzo de 1970 y que, por tanto, no había adquirido firmeza cuando se dictó el auto del 5 del mismo mes y año; en segundo término, que las cuestiones que suscita el expresado escrito no fueron ni podían haber sido discutidas en el pleito principal, y, finalmente, que, como consecuencia, la resolución impugnada, al resolver sobre ellas, decidió puntos que no lo fueron por la sentencia recaída en aquél, que constituye la ejecutoria, carentes todos ellos de fundamento, porque las indicadas cuestiones que suscita la esposa son extrañas a la ejecutoria en sí misma considerada, que es la que el auto impugnado tenía que dar cumplimiento, suprimiendo este nuevo obstáculo, que con la presentación de aquéllas se trataba de poner a la efectividad de una sentencia firme, cuya novedad, por otra parte, justifica el que no hubieran sido controvertidas y mucho menos decididas en ésta; al margen de su inconsistencia intrínseca, en cuanto que no se esgrimía un auténtico título dominical, que de acuerdo con la doctrina de este Tribunal Supremo hubiese sido necesario al fin perseguido, ni se acreditaba tampoco la propiedad exclusiva y ex-

cluyente del objeto vindicado que pudiese paralizar la ejecución, por tratarse—según se decía—de bienes gananciales, cuya sociedad, al no estar disuelta, no autorizaba la atribución de titularidades independientes, habiendo podido permitir tan sólo el ejercicio de la pertinente acción de nulidad (11) del acto realizado por el marido—caso de no haber concurrido el requisito de la previa autorización de la esposa, del artículo 1.413 del Código civil—, lo que aquí ni siquiera se intentó; por lo que la solicitud de la mujer fue desestimada en ambas instancias, con resolución que ha quedado firme, al no haberse admitido el recurso de casación interpuesto, según resulta del auto de esta Sala de 4 de octubre de 1971, todo lo cual conduce a la desestimación del que ahora se formula...

Esta sentencia, justa en el fondo, evidencia el excesivo formalismo de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite que la ejecución de una sentencia firme se prolongue durante años por la interposición de incidentes. Debiera, sin duda, aumentarse el número de los admitidos a un solo efecto (siempre con las debidas garantías), para que las pretensiones ya declaradas legítimas no se eternicen sin alcanzar su satisfacción. Sin embargo, uno de los pocos incidentes que debe ser firme antes de proseguir la ejecución, porque puede afectar a intereses ajenos, es el de tercera, y en este caso no lo era, lo que no deja de ser formalmente irregular.

LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO. NO EXISTE ENTRE FIADOR Y DEUDOR PRINCIPAL. INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 1.144 Y 1.834 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1972).

Don Antonio Pujadas y don Francisco Serra compraron a doña Catalina Amengual una finca rústica, que se encontraba cedida en arrendamiento. En el contrato de compraventa se contenía una cláusula por la que la vendedora venía obligada a entregar la finca, libre de arrendatarios, en el plazo de seis meses o, en caso contrario, a devolver la parte ya pagada del precio, con sus intereses, previa resolución del contrato. En otra cláusula se estipulaba que un hermano de la vendedora garantizaría solidariamente todas las obligaciones de ésta. Vencido el semestre, doña Catalina no cumplió con su obligación de entregar expedita la finca, y los compradores reclaman entonces a la vendedora la otra alternativa de la cláusula, esto es, la devolución del precio pagado y sus intereses. Opónese la excepción de litis consorcio pasivo necesario, por no haberse demandado también al hermano y fiador solidario de la vendedora. Ninguna de las tres instancias acepta la excepción propuesta, pese a que en los tres motivos de casación se destaca que en el pleito no se trataba de reclamar una obligación de deudores solidarios, en cuyo caso el artículo 1.144 del Código faculta al acreedor a dirigirse contra cualquiera de ellos, sino de resolver un contrato, pedimento declarativo frente al que el fiador solidario no emplazado experimentaría indefensión.

Considerando que la tesis constante, mantenida a través de las tres motivaciones de este recurso, todas ellas amparadas en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esencialmente consiste en que, según la recurrente, se ha cometido la infracción de no aceptar la alegada excepción de litis consorcio pasivo necesario, en cuanto, en opinión de la impugnante, doña Catalina Amengual Ferrer, habiendo sido ésta demandada como obligada principal en virtud del contrato de 12 de mayo de 1969, básico de la demanda, y apareciendo dicha demandada y hoy recurrente como única propietaria y vendedora de la finca a que dicho contrato se refiere, no ha sido llamado a juicio don José Amengual Ferrer,

(11) En el original se lee "anulidad", por lo que también pudo haberse querido decir "acción de anulabilidad".

hermano y fiador solidario de doña Catalina, a tenor del pacto o estipulación cuarta de dicho contrato, entendiendo la recurrente que ese fiador solidario, para quedar bien constituida la relación procesal, debió haber sido también demandado.

Considerando que en el primero de los fundamentos de la sentencia de primer grado, aceptado como todas las demás que la informan en la relación recurrida, se razona, en justificación del fallo, que si bien los actores pudieron dirigir su acción contra la demandada y el fiador solidario, conforme a lo dispuesto en los artículos 1.144 y 1.834 del Código civil, ello es una facultad que la Ley concede al acreedor y no una obligación, «conforme disponen los citados artículos, que no precisan aclaración, y que por lo mismo debe ser desestimada la objeción y declararse bien constituida la relación jurídico-procesal», criterio que acertadamente se mantiene también en el tercer razonamiento de la propia sentencia impugnada objeto del recurso, al decir que la naturaleza del contrato en los términos analizados «hace innecesaria la presencia del fiador en el proceso, lo que dota de validez al constituido entre compradores y vendedora», como así es, en efecto, pues es obvio que el mentado artículo 1.834 del Código civil se refiere a una facultad o derecho que tiene el acreedor para poder citar a juicio al fiador cuando demanda al deudor principal, pero no a una obligación de hacerlo cuando nada se pide contra aquél, pues el precepto legal obedece a razones de economía procesal, tratándose, en suma, de una potestad de la cual puede o no hacerse uso; pero lo que la Ley no impone es que se deba citar en todo caso, conjuntamente, a deudor y fiador, al interponerse una reclamación contra el primero, ni tal obligación se desprende de la copiosa doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que por la recurrente se mencionan referentes a distintos supuestos, por lo que los tres motivos en que el recurso se funda carecen de eficacia para producir la casación del fallo recurrido, toda vez que bastan los razonamientos expuestos para respaldarlo y justificarlo.

LA ALEGACION DE INCONGRUENCIA EN CASACION EXIGE LA CITA COMO INFRINGIDO DEL ARTICULO 359 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. INSUFICIENCIA DE PODER EN EL PROCURADOR: BASTA LA REMISION A OTRAS ACTUACIONES PARA SUBSANARLA (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1972).

El Banco de Vizcaya, S. A., último tenedor, tras sucesivos endosos, de una letra de cambio librada por don Honorato López Requero, la protestó a su vencimiento por falta de pago e inició la acción cambiaria ejecutiva de regreso contra el librador. Previo embargo preventivo, al que con las debidas garantías se proveyó, lleváronse a cabo las diligencias preparatorias de reconocimiento de firma, en las que don Honorato no reconoció la estampada de su puño y letra, con lo que obligó a la entidad tenedora a instar el correspondiente proceso declarativo. Pero con la demanda que inicia éste no se acompañó poder de procurador, solicitándose únicamente que se tuviesen por reproducidos los documentos aportados a las citadas diligencias de firma, entre los que sí se contaba el poder de postulación. Primera Instancia y Audiencia rechazan la excepción de insuficiencia de poder y estiman la reclamación del importe de la cambial. Se recurre al Supremo, con base en una no muy afortunada motivación, y el Alto Tribunal declara no haber lugar al recurso por razones más de forma que de fondo.

Considerando que, como ha declarado esta Sala, entre otras, en sus sentencias de 30 de noviembre de 1962 y 19 de mayo de 1964, el recurso de casación por infracción de ley fundado en incongruencia de la sentencia

recurrida requiere, como todos los de su clase, no sólo la cita del correspondiente número del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que autoriza su interposición, sino también la del precepto o doctrina legal que se estime transgredido, que en este caso lo constituye el artículo 359 de dicha Ley, principio sustantivo básico de la congruencia, cuya mención resulta imprescindible en los supuestos comprendidos en el número 3 del referido artículo 1.692, según constante y repetida jurisprudencia, y como en el tercer motivo del presente recurso, apoyado precisamente en ese número, no se alega la vulneración de aquel artículo, de ahí que el motivo incide en el vicio de inadmisión reseñado en el número 4 del artículo 1.729, en relación con el 1.720 de la expresada Ley, y en causa de desestimación en el estado actual del procedimiento.

Considerando que también debe rechazarse el cuarto motivo del recurso acogido al número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, tanto por no expresar con claridad en qué consiste el error de hecho, que en la apreciación de la prueba atribuye al Juzgador de Instancia, al confundir este vicio *in judicando* con la inaplicación del apartado primero del artículo 1.259 del Código civil e incluso con la falta de congruencia, con lo que el motivo resulta inviable, a tenor de lo expuesto en el razonamiento anterior, como porque los escritos de los litigantes, como lo es el de demanda, único al que se alude en el motivo para justificarlo, carecen de autenticidad a efectos de esta clase de recurso, según se hizo constar, entre otras, en las sentencias de esta Sala de 2 de julio de 1963 y 13 de enero de 1972.

Considerando que igual suerte deben correr los dos primeros motivos del recurso, dirigidos por la vía formal del número 1 del repetido artículo 1.692: primero, porque los artículos 1.259, 1.709 y 1.712 del Código civil, que en los mismos se estiman infringidos, no guardan relación alguna con la excepción de falta de personalidad en el procurador de la parte actora, sobre todo cuando en la fase actual de las ideas jurídicas resulta inadmisibles unificar los conceptos de mandato y representación (sentencia de 21 de marzo de 1946); segundo, porque los dos se apoyan en supuestos de hecho contrarios a los admitidos por la resolución impugnada, incurriendo con ello en el vicio de inadmisión establecido por el número 9 del artículo 1.729 de la Ley Rituaria y en la consiguiente causa de desestimación en este trance de las actuaciones; tercero, porque el motivo segundo denuncia simultáneamente la «aplicación indebida» y la «interpretación errónea, así como la «inaplicación» del citado artículo 1.709, con lo que también incide en el defecto señalado en el número 4 del mencionado artículo 1.729, y cuarto, porque los problemas referentes a la determinación del concepto con que una persona interviene en un negocio jurídico constituyen cuestiones de hecho sometidas a la libre apreciación de los Tribunales de Instancia (sentencias de 23 de mayo de 1935 y 30 de noviembre de 1946).

El Supremo habilidosamente encuentra fundamentos formales para rechazar una injusta pretensión, que se amparaba en un defecto también formal: la indemostrada postulación del procurador. En puridad, no se debió haber atendido una demanda no acompañada de poder, aunque se remitiese a otro ya aportado en actuaciones distintas; pero este rigorismo lo salvan las instancias con diversos expedientes, y el Supremo Tribunal con los defectos del recurso: olvido del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al denunciar incongruencia, acumulación de conceptos en que se considera infringido un artículo, ausencia de documentos que evidencian la equivocación del Juzgador en la apreciación de la prueba, etc. Tan sólo dos afirmaciones incidentales revisten un interés sustantivo: la improcedencia de alegar preceptos relativos al mandato, al excepcionar la falta de poder en el procurador, dada la nítida distinción que hoy se

tiene entre aquella figura y el poder de representación, y la calificación como cuestión de hecho del concepto en que una persona interviene en un negocio jurídico. Bien entendido que esta marginal afirmación no justifica la solución del litigio a la vista de la disimilitud entre un negocio y un proceso.

LAS PRESUNCIONES DEL JUZGADOR NO PUEDEN COMBATIRSE EN CASACION POR EL CAUCE DEL ERROR DE DERECHO. TRANSACCION. DOCUMENTO AUTENTICO (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1972).

El actor, don Mariano Villa, había contratado con la demandada, Cooperativa de Viviendas «Roger de Lauria», la terminación, por precio alzado, de unos bloques de viviendas. Como consecuencia de ciertas obras adicionales, la Cooperativa resultó deber 199.148 pesetas al actor, que las reclama mediante el correspondiente proceso declarativo. La demandada reconviene alegando que, a su vez, el contratista le debía a ella un exceso pagado sobre el precio acordado, el importe de la instalación de los ascensores y el de unas reparaciones efectuadas para subsanar ciertos defectos aparecidos en la obra, cantidades todas que ascendían a 301.687 pesetas. El Juez de Primera Instancia acogió tanto la demanda como la reconvencción, y al ser ambas deudas líquidas y exigibles, les aplicó la compensación, con lo que el actor resultó condenado a abonar a la demandada la diferencia, o sea, 101.359 pesetas. La Audiencia confirma el fallo; se recurre alegando que el exceso pagado del precio procedía de una transacción y que la instalación de ascensores no estaba incluida en el proyecto, pero el Tribunal Supremo desestima el recurso.

Considerando que al alegarse en el primer motivo, por el cauce del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, violación de los artículos 1.809, 1.818, 1.281 y 1.282, todos del Código civil, a más de incidirse en falta de claridad, puesto que el artículo 1.281 tiene dos párrafos antitéticos entre sí, se incurre en el defecto de hacer supuesto de la cuestión, modificando la base fáctica de la resolución recurrida, puesto que en ésta claramente se establece que el contrato que ligó a las partes tiene la naturaleza jurídica de un contrato de obra a precio alzado, y por ello de tal naturaleza jurídica surge claramente la consecuencia de que el documento aportado a la demanda con el número 2 no es una transacción, sino simplemente una liquidación provisional, que puede ser modificada en la definitiva, que ha de producirse al terminarse la obra contratada, por lo que al interpretarlo correctamente, la Sala de Instancia no ha cometido las infracciones denunciadas en el motivo, que debe, por tanto, perecer.

Considerando que el haber llegado el Tribunal de Instancia a la conclusión de que la instalación de ascensores estaba incluida entre las obras contratadas ha tenido su origen en el conjunto de las pruebas practicadas, incluida, entre ellas, la declaración de varios testigos, y por ello, aun cuando en el contrato, al que en el segundo motivo se hace referencia como base del error de hecho denunciado en el mismo, sostuviera lo contrario de lo estimado probado por la Sala, no podría por tal causa apreciarse la existencia de aquel error, y en el caso presente ni el documento puede ser considerado auténtico a efectos de casación, ni de su contenido se desprende lo contrario a lo afirmado por la Sala, por lo que debe ser desestimado el motivo.

Considerando que tampoco puede prosperar el tercer motivo, en que por el mismo cauce del número 7 que el anterior se denuncia error de derecho en la apreciación de la prueba, con infracción por violación del artículo 1.225 del Código civil y doctrina legal que se cita, ya que parte

del error de estimar que el Tribunal hace la declaración de que está incluido en el contrato el gasto relacionado con la instalación de ascensores, cuando lo que realmente se establece es que «no está excluido dicho importe», por lo que no hace uso de la prueba de presunciones, sino de pruebas directas, aparte de que si se hubiera hecho uso de la misma no podría combatirse su aplicación por el cauce del error de derecho.

NO HA LUGAR AL RECIBIMIENTO A PRUEBA EN LA SEGUNDA INSTANCIA, PESE A ESTAR EN REBELDIA EL DEMANDADO EN LA PRIMERA, SI TIENE LUGAR EN UN PROCESO EJECUTIVO CUYA SENTENCIA NO CAUSA ESTADO (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1972).

El actor, don Leonardo Villalba, para la reclamación de un préstamo hipotecario, interpuso demanda de juicio ejecutivo contra la prestataria, doña María Angelina González. Esta fue declarada en rebeldía, y al notificársele la sentencia condenatoria apela contra ella, previa personación, pretendiendo al darse por instruida el artículo 891 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se recibiese el pleito a prueba en la Segunda Instancia. La Audiencia deniega por auto el pedimento, desestima la súplica interpuesta y sentencia conforme a la Instancia. La ejecutada recurre en casación por quebrantamiento de forma alegando infracción de los artículos 767; 862, número 5, y 897, todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil; pero el Tribunal Supremo, en ponencia de don Antonio Peral García, declara no haber lugar al recurso.

Considerando que si bien los artículos 1.462 y 1.463 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevén la posibilidad y efectos de la declaración en rebeldía del deudor dentro del juicio ejecutivo, no se concreta, a la manera que para el juicio declarativo lo hace el párrafo quinto del artículo 862, la posibilidad de la admisión de pruebas propuestas por la parte que estuvo rebelde en Primera Instancia al personarse en la Segunda, pues la remisión que al juicio ordinario hace el artículo 1.469 se refiere sólo a la forma de practicar la propuesta en forma, por lo cual la jurisprudencia de esta Sala ha tenido que llenar el vacío determinando, de acuerdo con la naturaleza del proceso, la orientación a seguir en el caso, y así, las sentencias de esta Sala de 19 de junio de 1888 y 2 de octubre de 1896 determinan que son impertinentes las pruebas que no sean alusivas a las únicas excepciones alegables en estos juicios, concretadas en el artículo 1.464 de la Ley Procesal Civil, y carece de base la probanza de lo que no se alegó en el momento oportuno, y de acuerdo con el mismo criterio, las de 4 de noviembre de 1898, 6 de mayo de 1907 y 17 de noviembre de 1910 llegan a la conclusión de que no habiéndose opuesto en tiempo oportuno el demandado a la ejecución, es improcedente el recibimiento a prueba en la Segunda Instancia; punto de vista que recoge de forma muy concreta la de 29 de junio de 1905 y la más reciente de 25 de junio de 1960, donde se insiste sobre el tema de que en los juicios ejecutivos, si bien la no contestación a la demanda no supone el allanamiento ni libera al actor de la probanza de sus alegaciones y de la validez de los documentos en que se apoya, si centra los términos de la litis, y no puede la parte rebelde personada tardíamente desviar la prueba hacia hechos distintos de los invocados en la demanda; punto de vista manifestado en las sentencias citadas, que, además, encuentra su apoyo en el hecho de la provisionalidad de la sentencia ejecutiva, sujeta al posible juicio declarativo, donde se acuerde su nulidad por razones que no hayan sido alegadas en él.

E. I. M.