

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

Por ELENA MÚGICA ALCORTA

CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA: NULIDAD EX ARTICULO 878, PÁRRAFO 2.º DEL CÓDIGO DE COMERCIO. (SENTENCIA DE 22 DE ENERO DE 1999.)

Según doctrina reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el artículo 878, párrafo 2.º del Código de Comercio establece una nulidad absoluta, tanto desde un punto subjetivo como objetivo, siendo tal nulidad intrínseca, de forma que no tiene que ser declarada judicialmente, salvo que alguien se oponga a ello. Esto no ocurre, en cambio, en los supuestos contemplados en los artículos siguientes, en que la anulación ha de ser instada, contándose los plazos del artículo 878 desde la retroacción de la quiebra en adelante y los de los artículos siguientes hacia atrás.

Aquel principio de nulidad absoluta se ha entendido corregido en ocasiones cuando los actos de transmisión o administración del quebrado se declare que no afectan o no son contrarios a los intereses de los acreedores, cosa que no se da en el caso litigioso, en el que los juzgadores de instancia declararon que la constitución de la hipoteca y el reconocimiento de la deuda beneficiaban al acreedor hipotecario y perjudicaban al resto de los acreedores. Mas a la vista del artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, reguladora del Mercado Hipotecario, en cuanto establece que las hipotecas inscritas a favor de las Entidades a que se refiere su artículo 2 sólo podrán ser impugnadas al amparo del párrafo 2.º del artículo 878 del Código de Comercio mediante acción ejercitada por los síndicos de la quiebra, en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución del gravamen, es claro que se está estableciendo una excepción a aquel principio de nulidad absoluta; pero ello no justifica el afán del acreedor hipotecario recurrente en casación de que la nulidad instada se incardine en el artículo 880, causa 4.^a (constitución de hipotecas convencionales sobre obligaciones de fecha anterior o por préstamos cuya entrega no se verificase de presente ante el Notario y los testigos), porque este precepto no se dice modificado

por la ley especial y establece una presunción de fraude *inris et de iure* que no requiere, por tanto, prueba de su concurrencia ni la admite en contrario; y si esto se predica de los actos realizados por el deudor dentro de los treinta días precedentes a la fecha de retroacción de la quiebra, con mayor razón ha de mantenerse la fraudulentencia de los actos realizados, no antes, sino dentro del período de retroacción, lo que implica, a su vez, una excepción legal a la que en el artículo 878, párrafo 2.º del Código de Comercio introdujo el mentado artículo 10 de la Ley 2/1981.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: OBJETO. INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1999.)

El procedimiento judicial sumario fue concebido para obtener la realización mediante pública subasta del inmueble a que afecta la hipoteca en garantía del cumplimiento de la obligación de pago que pesa sobre el prestatario y para el caso de impago de lo adeudado.

En el caso de autos, el acudir el prestamista al procedimiento del artículo 131 LH, no supuso actuación fraudulenta alguna por su parte, sin que pueda calificarse como tal la doble circunstancia de promoverse el procedimiento hipotecario sin esperar al resultado de los declarativos instados para obtener la declaración judicial de la nulidad del crédito garantizado y la falta de mención en aquél de la pendencia de los mismos. En su caso, siempre dispondría la parte prestataria de la posibilidad de reclamar la indemnización de daños y perjuicios prevenida en el artículo 131, regla 2.ª, inciso final LH.

PROPIEDAD HORIZONTAL: URBANIZACIÓN. SUELO NO EDIFICADO: ELEMENTO COMÚN ACCIDENTAL. DESAFECCIÓN. (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1999.)

Supuesto de hecho.—Sobre una superficie total de 18.183 metros cuadrados se elevan cuatro construcciones tipo chalet de 191,94 metros cuadrados cada una, aisladas, independientes y separadas.

Doctrina de la Sentencia.—Al constituir la finca en régimen de propiedad horizontal, la gran parcela residual viene a considerarse elemento común del conjunto, pese a que el solar excedente no es necesario para el adecuado uso y disfrute de las edificaciones.

Aplicar a las urbanizaciones (las denominadas propiedades horizontales tumbadas) por analogía la preceptiva que regula la propiedad de los pisos de un edificio tiene que rechinar en muchas ocasiones porque las situaciones son disímiles.

Para que las superficies (a veces muy extensas) de terreno intermedias entre las viviendas construidas se desvinculen de las reglas de la propiedad horizontal y puedan transformarse en partes privativas, susceptibles de división, se requiere que la comunidad acuerde por unanimidad su desafectación.

Las tierras no ocupadas por las edificaciones constituyen unos atípicos elementos comunes, unos elementos comunes por desbordamiento impropio, que revisten carácter accidental y que pueden transmutarse en bienes sujetos al régimen de la comunidad romana.

La jurisprudencia dominante atribuye a las demasías superficiares la consideración de elemento común de la urbanización. Se distinguen dos clases de elementos comunes: los esenciales (las cimentaciones, los muros, el solar propio de la edificación,...) y los accidentales. Aquéllos nunca podrán ser objeto de negociación separada y serán inherentes (por cuotas) a los diferentes pisos, locales o chalets. Por el contrario, los elementos comunes accidentales podrán acceder a los circuitos de la libre negociación y al posible reparto entre los diferentes propietarios por la voluntad de los mismos; para ello se requiere que la comunidad acuerde por unanimidad su desafectación.

LIMITACIONES DEL DOMINIO. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1999.)

Si bien el artículo 348 del Código Civil consagra el derecho de propiedad, con trascendencia constitucional, no lo hace en forma rígida y absoluta, pues admite limitaciones legales, como son las impuestas por la Ley de Aguas, de Costas, del Suelo y Expropiación Forzosa, Propiedad Horizontal y demás normativa restrictiva de las facultades dominicales.

El *ius aedificandi* se somete a disposiciones legales o reglamentarias de carácter general que encauzan el derecho de propiedad para que no resulte lesivo del derecho de los demás, por lo que los condicionamientos o limitaciones establecidas obligan y deben ser respetadas y, caso de infracción, han de asumirse las consecuencias correspondientes por las construcciones extralimitadas. En todo caso, el cercenamiento de las facultades dominicales obedece a la perspectiva social que a la propiedad se le asigna constitucionalmente.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: SUBROGACIÓN EN LAS DEUDAS. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1999.)

Hechos.—Practicada una segregación sobre finca hipotecada sin distribución de la responsabilidad hipotecaria, se ejecuta una segunda hipoteca sobre el resto de la finca matriz, el cual es adjudicado al acreedor.

Doctrina de la Sentencia.—La confusión se produce por la confluencia en una misma persona de dos derechos reales de diferente volumen jurídico: el de propiedad y el de hipoteca. Como en España no está admitida la hipoteca sobre cosa propia, al confluir en el mismo titular los conceptos de dueño y acreedor hipotecario, la hipoteca se extingue por confusión de derechos.

El artículo 131 LH tiene una redacción imperativa que no permite alentar vacilaciones hermenéuticas. Comienza así: «El procedimiento judicial sumario se ajustará a las siguientes reglas». Por tanto, todas y cada una de sus reglas pertenecen al *ius cogens* y son de obediencia absoluta por todos, incluidos los jueces.

Cuando el procedimiento judicial sumario culmina con la adjudicación de la finca al acreedor en pago de su crédito, la subrogación en las cargas anteriores y preferentes (art. 131, regla 10.^a LH) implica, según la doctrina más autorizada, que el primitivo deudor es reemplazado en el débito por el acreedor adjudicatario que se subroga en la deuda, que le sucede en ella. Conforme al artículo 1.156 del Código Civil debe producirse la extinción de la obligación por confusión de derechos.

Cuando el procedimiento culmina con un remate de la finca en pública subasta, la doctrina más autorizada considera que también en este caso se produce una subrogación en el débito personal preferencial (art. 131, regla 8.^a LH). Sé produce una subrogación en la persona del adjudicatario o comprador, no solamente en cuanto a las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedando el ejecutado liberado o desligado de esta obligación sin necesidad de que lo consienta el acreedor hipotecario, pues ello es cosa impuesta por la ley del procedimiento ejecutivo.

Comentario.—Importante fallo sobre la naturaleza de **la subrogación del adjudicatario en la responsabilidad de las cargas preferentes**, que acoge la tesis de la asunción de la deuda, apuntada por la STS de 20 de junio de 1997 —núm. 652, pág. 1138 de esta *Revista*—. Se mantiene así la postura tradicional defendida por JERÓNIMO GONZÁLEZ, GUASP, SANZ FERNÁNDEZ, ROCA SASTRE, LÓPEZ TORRES, LÓPEZ LIZ.

Frente a ella, cabe recordar que se inclinan por la subrogación limitada a la responsabilidad real la STS de 27 de enero de 1990 y autores como BLÁZQUEZ, Ruiz ARTACHO, REZA, PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, SELVA SÁNCHEZ, REY PORTÓLES, OCAÑA RODRÍGUEZ, MERINO GUTIÉRREZ, ADAME MARTÍNEZ. Más recientemente, CASTILLO MARTÍNEZ, C. DEL C, «Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 30 de enero de 1999», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 2000; DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados (Actualizado a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, Madrid, 2000; GARCÍA GARCÍA, J. M., «El "vértigo jurídico" de la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de enero de 1999», en *Lunes* 4,30, núm. 259, junio de 1999, y alguna referencia en «Naturaleza jurídica de la hipoteca del artículo 217 RH como hipoteca sobre varios objetos con dispensa de distribución», en *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 87, enero-febrero de 2000; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., «Las cargas anteriores en la ejecución de un crédito hipotecario anterior», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 3, año 1999-2; MONTERO AROCA, J., *Las ejecuciones hipotecarias*, Valencia, 2001; VIVAS TESÓN, L., «La responsabilidad real del adjudicatario de una finca hipotecada. Comentario a la STS de 30 de enero de 1999», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 3, año 1999-2.

HERBOSA MARTÍNEZ, I., *La asunción de deuda garantizada con hipoteca (Actualizado a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, Madrid, 2001, defiende una subrogación perfecta en la obligación asegurada, con responsabilidad limitada a la finca adquirida, que no excluye ni altera la responsabilidad del primitivo deudor.

La DGRN en Resolución de 2 de diciembre de 1999 dice que la asunción es no liberatoria: «sin liberar, claro es, de su deuda al deudor frente a los respectivos acreedores, que son terceros en estas operaciones (cfr. arts. 118, par. 1.^o LH y 1.205, 1.252 y 1.257 del Código Civil)». La Resolución de 16 de julio de 1999 se pronuncia sobre la cancelación de cargas anteriores a la ejecutada por consolidación, no por compensación.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en los artículos 668.3.^o, 670.5 habla de subrogación en la responsabilidad derivada de las cargas o gravámenes anteriores, y en el artículo 669.2, de subrogación en las cargas anteriores, lo que supone, según DÍAZ FRAILE, MONTERO AROCA y RIVAS TORRALBA, el rechazo de la doctrina de la asunción de deuda.

PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL: INCONSTITUCIONALIDAD. COMPETENCIA. PODER IRREVOCABLE. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1999.)

La STS de 4 de mayo de 1998, acerca de inconstitucionalidad de normas preconstitucionales, y por ello, de la derogación del artículo 129 LH en el inciso sobre «procedimiento extrajudicial», cuya doctrina la Sala Primera del Tribunal Supremo comparte y ratifica, se ha invocado en el recurso extemporáneamente y carece de viabilidad casacional.

Está fuera de toda duda la aplicación de la regla prevenida en el artículo 235 RH, actualmente en el artículo 236 a tenor del Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo, concerniente a que dicho procedimiento «sólo podrá ser seguido ante notario hábil para actuar en el lugar en que radique alguna de las fincas».

Es doctrina consolidada de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la irrevocabilidad del mandato deviene no sólo cuando exista pacto expreso que así lo establezca, siempre que tal pacto sea conforme a su finalidad y no esté en contradicción con la moral en cuanto es una manifestación de la renuncia de derechos, sino también cuando el mandato no es simple expresión de confianza o del simple interés del mandatario, sino que responde a exigencias del cumplimiento de otro contrato en el que están interesados no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario y terceras personas; es decir, cuando el mandato es, en definitiva, mero instrumento formal en la relación jurídica bilateral o plurilateral que le sirve de causa o razón de ser y cuya ejecución o cumplimiento exige y aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno solo de los interesados. La transcrita doctrina jurisprudencial resulta de perfecta aplicación al caso de que se trata, puesto que la escritura de préstamo hipotecario evidencia que el mandato conferido a los prestamistas ejecutantes no estaba basado en una relación personal y de confianza entre ellos y el prestatario sino, esencialmente, destinado a facilitar los efectos y el cumplimiento, en su caso, de la ejecución de la hipoteca.

LEGITIMACIÓN REGISTRAL: LA ACCIÓN CONTRADICTORIA DE DERECHOS INSCRITOS LLEVA IMPLÍCITA LA PETICIÓN DE NULIDAD O CANCELACIÓN DEL ASIENTO. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1999.)

La actual posición jurisprudencial supera la rígida interpretación del artículo 38, párrafo 2.º LH, y admite otra más flexible y ajustada al tráfico jurídico con la indicación de que el hecho de haberse ejercitado una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad lleva implícita la petición de nulidad y cancelación del asiento contradictorio.

TERCERÍA DE DOMINIO: EL TERCERISTA HA DE REUNIR LA CONDICIÓN DE TERCERO. OBJETO. REQUISITO DE TÍTULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1999.)

La primera cuestión que debe quedar clarificada en la tercería de dominio, antes incluso que la titularidad del bien o derecho, es la atinente a determinar

si el demandante es tercero, es decir, no es el deudor. El objetivo prioritario de la tercería de dominio no es la recuperación del bien trabado, sino el levantamiento del embargo.

Por otra parte, la justificación dominical del tercero ha de referirse a una fecha anterior a aquélla en que se realizó la diligencia de embargo, y es que quien compra bienes tras el embargo subordina su derecho al resultado de la ejecución en que se practicó aquél, aunque el titular del embargo no tenga la cualidad de tercero hipotecario y aunque el embargo no fuere anotado.

ACCIONES REIVINDICATORIA Y DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITOS.—LEGITIMACIÓN REGISTRAL: LA PRESUNCIÓN DE EXACTITUD DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA EN CONTRARIO, NO PUEDE Oponerse AL DOMINIO PÚBLICO Y NO ALCANZA A LOS DATOS DE HECHO. (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1999.)

La acción declarativa del dominio exige para su viabilidad la concurrencia de todos los requisitos requeridos para la reivindicatoria, excepción hecha de que el demandado sea poseedor.

La acción reivindicatoria exige acreditar el título de dominio, identificar la finca y demostrar que la cosa reclamada es poseída por el demandado sin título o con título de inferior categoría al que ostenta el actor.

Es doctrina reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo la de que la identificación de la cosa ha de hacerse de forma que no ofrezca duda cuál sea la que se reclama, fijando con la debida precisión su cabida, situación y linderos, y demostrando con cumplida probanza que el predio reclamado es aquél al que se refieren los títulos y demás medios probatorios en los que el actor funde su derecho, identificación que exige un juicio comparativo entre la finca real contemplada y la que consta en los títulos, lo que como cuestión de hecho es de la soberana aplicación del Tribunal de instancia.

El principio de exactitud registral contiene una presunción *iuris tantum*, por lo que puede ser destruida mediante prueba en contrario. Consecuencia de ello es que los asientos practicados en el Registro conlleven una presunción de exactitud hasta que se demuestre o acredite en debida forma su discordancia con la realidad extrarregistral, dado que dichos Registros carecen de una base fáctica fehaciente, en cuanto lo cierto es que reposan sobre las manifestaciones de los otorgantes, razón por la cual el instituto registral no puede responder de la exactitud de las circunstancias y datos fácticos ni por consecuencia de los relativos a las fincas. El principio de legitimación, que presume la existencia de los derechos inscritos tal y como constan en el asiento y su posesión, no es aplicable cuando intenta oponerse a una titularidad de dominio público, pues ésta es inatacable aunque no figure en el Registro de la Propiedad, puesto que no nace del tráfico jurídico, base del Registro, sino de la Ley, y es protegible frente a los asientos registrales e incluso frente a la posesión continuada.

La fe pública registral opera en relación a la titularidad, extensión y existencia de los derechos reales inscritos, pero no cubre los datos o circunstancias de mero hecho que consten en el Registro o que sirvan de soporte material a los derechos inscritos, por lo que éste no responde de que sean exactos los datos descritos de la finca inmatriculada.

TERCERÍA DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 11 DE FEBRERO DE 1999.)

Establece el artículo 1.537 LEC que con la demanda de tercería deberá presentarse el título en que se funde, pero ello ha sido interpretado jurisprudencialmente en sentido amplio, bastando la justificación de una apariencia de buen derecho, sin perjuicio de que, cumplido el requisito y dado curso a la demanda, el actor tenga que acreditar plenamente su derecho, por ser la carga que le corresponde, de modo que para dar curso a la demanda se requiere la presentación con la misma de un documento que justifique *prima facie* el dominio, pero sin que se exija ni pueda exigirse que el documento haga prueba plena de la demanda, pues es al resolver el fondo del litigio donde ha de hacerse el análisis y el examen de dicho título, cuya calificación y alcance constituye la esencia de la acción ejercitada.

ACCESIÓN ARTIFICIAL O INDUSTRIAL: EN SUELO AJENO CON MATERIALES PROPIOS. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1999.)

Partiendo del principio *superficies solo cedit*, el artículo 361 del Código Civil —acesión inmobiliaria en suelo ajeno con materiales propios— da opción al dueño del suelo a hacer suya la edificación pagando una indemnización o bien a evitar la accesión obligando al que edificó a pagarle el precio del terreno. Para lo cual es precisa buena fe y ésta existe cuando se construye con la aquiescencia y beneplácito del dueño del terreno. Cuando se produce esta situación, el dueño no adquiere automáticamente la propiedad del todo resultante de la edificación y el terreno, sino que tiene un derecho potestativo que le permite optar entre hacer suyo el todo resultante —terreno y obra— previo pago de indemnización u obligar al que edificó a pagarle el precio del terreno. En este sentido es muy reiterada la doctrina jurisprudencial que exige que mientras no tuviera efecto la indemnización, no ostente el dueño del predio el dominio de lo edificado, sembrado o plantado, doctrina de no adquisición automática de lo edificado que han reiterado numerosas sentencias.

TERCERÍA DE DOMINIO: REQUISITO DE TÍTULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO.—ADQUISICIÓN DE DOMINIO: TÍTULO Y MODO. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1999.)

Si bien en el caso litigioso es cierta la probanza del perfeccionamiento del contrato privado de compraventa (título), no se tiene por acreditada la entrega de la cosa (modo), por lo que la falta de concurrencia de ambos elementos conduce, ineludiblemente, a la conclusión de no ser posible conceder a la referida compraventa poder liberatorio para el levantamiento del embargo.

TERCERÍA DE DOMINIO: EL TERCERISTA HA DE REUNIR LA CONDICIÓN DE TERCERO. (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1999.)

Dada en el supuesto de autos la existencia de una simbiosis entre las sociedades compradora y vendedora, se concluye que la tercerista no tiene el

carácter de tercero, dada la coincidencia de elementos personales, revelada al levantar el velo jurídico de ambas sociedades.

INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: NATURALEZA.—ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CARÁCTER OBLIGATORIO. REQUISITO DE TRACTO REGISTRAL-TERCERÍA DE DOMINIO: REQUISITO DE TÍTULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1999.)

Es cierto que la inscripción no es un modo de adquirir el dominio. Pero también lo es que la registración representa un extracto del título adquisitivo y de todos sus pactos que tengan trascendencia real. El hecho de inscribir una compraventa no significa que se adquiriera la propiedad del inmueble por el hecho de practicar el asiento; significa que la adquisición deriva del negocio traslativo (venta) documentado suficientemente, y que la inscripción cumple el cometido de exteriorizar *erga omnes* que esa transmisión se ha operado válidamente.

Según el artículo 43, párrafo 2.º LH, cuando se trate de juicio ejecutivo será obligatoria la anotación de embargo. Obligación imposible de cumplir cuando los bienes no están inscritos a nombre del deudor embargado. También se incumple entonces el artículo 1.453 LEC.

Nuestro sistema, pues, tratándose del juicio ejecutivo (valiéndose de preceptos de corte imperativo), altera los postulados voluntaristas de la registración. Por regla general, en nuestro régimen jurídico, la inscripción es voluntaria y está presidida por el principio de rogación. Tan es así que, incluso con respecto a las anotaciones preventivas, nuestra regulación hipotecaria tiene un arranque discrecional en su artículo 42 LH.

Debe prosperar la tercería de dominio cuando el tercerista es propietario del bien indebidamente embargado y que no pudo anotarse preventivamente.

LEGITIMACIÓN REGISTRAL: ACCIÓN CONTRADICTORIA DE DERECHOS INSCRITOS. (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1999.)

Se puede perfectamente atacar el contenido sustantivo de un derecho, con independencia de que no se pida expresamente su reflejo en el mundo hipotecario, por cuanto es inconcuso que si éste refleja un derecho sustantivo, que en el orden material ha sido invalidado, la correspondencia registral deviene ineludible *ex post*.

LEGITIMACIÓN REGISTRAL: ACCIÓN CONTRADICTORIA DE DERECHOS INSCRITOS. LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DEL CONTRATO INSCRITO CONLLEVA LA CANCELACIÓN DEL ASIENTO.—ACCIÓN REIVINDICATORIA Y DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR.—USUCAPIÓN SECUNDUM TABULAS. (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1999.)

La más reciente y ya consolidada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, matizando las consecuencias en la esfera del proceso del principio

de legitimación registral, tiene declarado que, superando una interpretación rigorista del precepto contenido en el artículo 38, párrafo 2.º LH, que exigía el ejercicio previo o al menos coetáneo con la acción contradictoria del dominio inscrito de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, se pasa a la actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta petición y no puede ser causa de que se deniegue la formulada respecto a la titularidad dominical.

La existencia o no de título de dominio a favor de quien ejercita la acción reivindicatoria o la declarativa de dominio es un hecho cuya prueba incumbe al actor y su fijación en la sentencia al Juzgador de la instancia, por lo que su apreciación no puede ser atacada en casación si no es por la vía del error de derecho en la valoración de la prueba con cita de las normas hermenéuticas que se estime han sido conculcadas.

Dice la sentencia de 24 de mayo de 1991, que el artículo 35 LH establece una presunción *iuris tantum*, es decir, con la finalidad de facilitar o favorecer la usucapión que extrarregistralmente opere el titular inscrito, suministrando a éste un *iustus titulus* o *iusta causa usucapionis*, consistente en la inscripción misma, lo que determina que si se acredita que no cumple extrarregistralmente las condiciones necesarias para originar prescripción ordinaria, de nada servirá el Registro. En el caso litigioso no se dan esas condiciones de naturaleza extrarregistral que darían lugar a la prescripción adquisitiva por el titular registral de los bienes que figuran inscritos a su nombre en el Registro.

INSCRIPCIÓN DE SUSTITUCIÓN FIDEICOMISARIA CONDICIONAL—RECTIFICACIÓN DE ERRORES MATERIALES.—FE PÚBLICA REGISTRAL: ÁMBITO. (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1999.)

En la litis, bajo la problemática civil —sustitución fideicomisaria condicional y posibilidad de que los fideicomisarios impugnen los actos dispositivos del fiduciario en caso de cumplirse la condición— subyace también una problemática registral.

Inscrita una adquisición *mortis causa*, con constancia (a modo de reserva autenticada) de la cláusula de sustitución fideicomisaria a favor de fideicomisarios mencionados *nominatim*, el posterior comprador de la finca no puede escudarse en la protección de la fe pública registral. Luego la inscripción de la compra podrá en su día revocarse si la condición se cumple, con lo que se destruirá retroactivamente.

Si en las inscripciones posteriores al referirse al estado de los gravámenes se hizo constar que la finca se hallaba «libre de cargas», se incurrió en un error reiterativo. Se plantea así un problema de discordancia entre el Registro y la realidad jurídica extrarregistral a causa de un error de concepto. Es aplicable, al respecto, el artículo 327 RH: «Se considera error de concepto (...) el cometido en algún asiento por la apreciación equivocada de los datos obrantes en el Registro». A este error de concepto le es aplicable el artículo 217 LH: «Los errores de concepto cometidos en inscripciones (...) cuando no resulten claramente de las mismas, no se rectificarán sin el acuerdo unánime de todos

los interesados y del Registrador, o una providencia judicial que lo ordene». *A sensu contrario*, si los errores de concepto de los asientos resultan claramente de los mismos, la rectificación sigue pautas mucho más sencillas: no es preciso reunir ese cónclave entre los particulares y el Registrador, ni tampoco acudir a la autoridad jurisdiccional. Basta con que el Registrador, como encargado de la oficina, compruebe la equivocación padecida y la subsane mediante la oportuna diligencia.

¿Puede pretender el titular registral defender la inatacabilidad de su inscripción por cuanto en el asiento de su transferente figura la finca libre de cargas? Es decir, que, aparentemente, no consta en la referencia tabular ninguna causa de posible anulación o resolución. Para contestar solventemente a este interrogante es preciso enfrentarse a la dicción literal del artículo 34 LH. Este precepto protege a los terceros de buena fe que hayan inscrito, aunque después se anule o resuelva el derecho del transmitente en virtud de causas que no consten en el Registro. El precepto es decisivo. No dice: «causas que no consten en el asiento respectivo»; exige, con mayor amplitud, que las causas de anulación o resolución no consten en el Registro. Pero el Registro de una finca es un concepto amplio que abarca todos los asientos contenidos en su folio real, todo su historial jurídico (empezando por la inscripción primera o asiento inmatriculador) y que se ramifica hasta las referencias históricas de la finca matriz de la que proviene.

COMUNIDAD DE BIENES: FUENTES LEGALES. (SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1999.)

Todos los artículos del Código Civil, referentes a la comunidad de bienes, tienen carácter subsidiario. El orden jerárquico aplicable a la comunidad de bienes está establecido con meridiana claridad en el artículo 392, párrafo 2.º del Código Civil. La consecuencia es clara: en primer lugar hay que aplicar las cláusulas del contrato siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral ni al orden público (art. 1.255 del Código Civil). El Código Civil otorga cariz normativo, en ciertos casos, al interés de los contratantes. La proclamación más explícita al respecto se contiene en el artículo 1.091 del Código Civil. La solución es clara: si la comunidad de bienes surge en virtud de un contrato expreso (es decir, si no se trata de una comunidad incidental, que surge *ex lege*, como la comunidad hereditaria, por ejemplo), la primera ley aplicable a esa comunidad la constituyen los pactos contractuales; la segunda, las disposiciones especiales, si las hay, y la tercera (y subsidiaria) los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

EL ACREEDOR HIPOTECARIO TIENE LA CONDICIÓN DE TERCERO HIPOTECARIO. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1999.)

Hechos.—Acción de nulidad por simulación de determinados negocios traslativos, dirigida contra los adquirentes pero no contra sus acreedores hipotecarios.

Doctrina de la Sentencia.—Los acreedores hipotecarios sucesivos podrían esgrimir, frente a una sentencia declarativa de nulidad por simulación de los negocios traslativos a favor de los hipotecantes, su condición de terceros hi-

potecarios protegidos, por cuanto habrían adquirido de buena fe (que inmobiliariamente se presume) su derecho de hipoteca, a título oneroso y además no constando en el Registro la causa de anulación o resolución del derecho del constituyente del gravamen.

Pero la seguridad jurídica, la necesidad de garantizar la eficacia de la cosa juzgada y una conveniente prudencia procesal aconseja decantarse por la conveniencia de exigir el litisconsorcio pasivo necesario no sólo cuando la sentencia que en su día se dicte afecte necesariamente a terceras personas, sino también cuando pueda afectarles, ya que no sería admisible que pudieran ser víctimas de una diferente calificación jurídica de un juez o de un registrador que, con distinto criterio técnico, estimasen que no concurrían las exigencias de la fe pública registral y que tales créditos deberían seguir la misma suerte que sus precursoras enajenaciones.

ACCESIÓN ARTIFICIAL O INDUSTRIAL EN SUELO AJENO: INDEMNIZACIÓN. (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1999.)

El juego del precio a que se contrae el artículo 361 del Código Civil ha de ser el determinado por una especie de deuda de valor. Cuando dicho precepto habla de precio se refiere, sin duda, al que tuviese el terreno cuando se torne operativa la elección del dueño, esto es, el real, al reconocerse *ope sententire* ese derecho y todo ello bajo el ajuste del *petitum* correspondiente.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDO DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS PARA LA SUPRESIÓN DEL SERVICIO DE PORTERÍA. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1999.)

El *quid* de la contienda judicial se centra en dirimir si es necesario o no el acuerdo unánime de los copropietarios para la supresión del servicio de portería, entendiendo por tal el servicio prestado por una persona física que ejerza las funciones propias tradicionalmente de aquel servicio. La referida cuestión aparece solucionada con lo que se dice en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 26 de febrero de 1996, en la que se alegan, además, como precedentes colaterales, las sentencias de 3 de junio de 1984 y 16 de julio de 1992. Efectivamente, en dicha Resolución se distinguen claramente dos aspectos relacionados con el término portería, como son: a) la portería como elemento físico del inmueble que se ha de enclavar dentro de los «elementos comunes» especificados en el artículo 396 del Código Civil en función del concepto principal «elementos del edificio»; y b) el servicio de portería, que es el que presta una persona física que ejerce las funciones propias del mismo, como es el de vigilancia y atención, información, retirada de basuras, recogida de correspondencia...

Pues bien, dentro del primer aspecto, modificar el elemento de portería, en el sentido de vender la superficie destinada a este fin o arrendarla, o darle cualquier otro destino diferente, hay que afirmar y es indudable que se necesita unanimidad de los componentes de la Junta de Propietarios para ello. Sin embargo, la supresión del servicio de portería y/o su sustitución por otro (conserjería, «portero eléctrico», «video-portero») no requerirá más que la simple mayoría de tal Junta.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1999.)

Las aberturas en pared medianera entre dos edificios, sin consentimiento unánime de todos los demás copropietarios, son ilegales.

RETRACTO LEGAL (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La base jurídica del proceso es el ejercicio del derecho de retracto legal que establece el artículo 3.2 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 1/1985, de 23 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares —«La Comunidad de Madrid podrá ejercitar los derechos de tanteo y retracto en todas las transmisiones onerosas de bienes y derechos relativos a los terrenos ubicados en el ámbito de la presente Ley (...)»—.

El retracto legal faculta a su titular, el retrayente, para convertirse en propietario de la cosa sobre la que recae; es el poder sobre una cosa para adquirirla después de haber sido transmitida a un tercero en las mismas condiciones que éste; lo cual coincide con la definición legal que da el artículo 1.521 del Código Civil. Como consecuencia, al ejercitar el retracto, adquiere el retrayente la cosa retraída en el estado que tenía al tiempo de la transmisión onerosa que dio lugar al mismo: no puede verse la cosa disminuida por posteriores cambios, como pudieran ser segregaciones. No puede olvidarse que el retracto legal es un límite al derecho de propiedad, no precisa su inscripción en el Registro de la Propiedad y no puede ser restringido por operaciones del titular dominical y registral frente al que se ejercita el retracto.

El retrayente, al ejercitar el retracto legal, adquirirá la finca y la adquirirá con el derecho real de hipoteca constituida sobre la misma tras la transmisión que dio lugar al retracto, ya que no se ha pedido la declaración de ineficacia de dicha hipoteca, ni se hubiera podido pedir sin demandar al acreedor hipotecario. Lo que es preciso destacar es que el retrayente no asume la deuda correspondiente a la obligación cuyo cumplimiento está garantizado con la hipoteca.

Comentario.—La doctrina admite en el retracto legal la eficacia *erga omnes* y la aplicación analógica del artículo 1.520 del Código Civil, conforme al cual la cosa vendida se recibe libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador (*resoluto iure dantis, resolvitur ius concessum*). Pero puede darse, como en el caso de esta sentencia, un problema de legitimación, por la necesidad de dirigir la acción de retracto contra los titulares de las cargas o hipotecas.

SERVIDUMBRES EN CONJUNTO INMOBILIARIO: CONSTITUCIÓN VOLUNTARIA. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1999.)

Hechos.—En escritura de segregación y declaración de obra nueva de determinados bloques de un conjunto residencial se establecen sobre un terreno sobrante destinado a zonas verdes, instalaciones deportivas, parque infantil,

accesos, unas servidumbres de luces y vistas, paso, utilización y disfrute de dichas instalaciones con fines de esparcimiento, a favor de los dueños de los elementos privativos de la urbanización.

Doctrina de la Sentencia.—La recta interpretación del artículo 541 del Código Civil, en cuanto a la servidumbre del padre de familia, exige que este signo aparente esté materialmente constituido y configurado como una conducta inequívoca por parte del propietario del fundo único, cuando se trata de separar ambos, y muestra expresa de su voluntad, según constante jurisprudencia. En el caso litigioso, el fundamento para declarar la servidumbre proviene, no de ese signo material existente, sino del contenido expreso y específico de la escritura relacionada. Lo indiscutible es que se trata de una auténtica servidumbre voluntaria, cuya existencia está perfectamente prevista por parte del propietario de la finca matriz.

No es posible elevar al rango de tercero del artículo 13 LH a los interesados que tenían conocimiento de la existencia de dicha escritura, en la cual se reflejaba la constitución de la servidumbre con constancia en el Registro de la Propiedad.

El conocimiento de la existencia y contenido de la escritura demuestra que no es posible extender ni siquiera los efectos de la fe pública registral del artículo 34 LH, ni los de la legitimación registral del artículo 38.

ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO SOBRE COSA ESENCIALMENTE INDIVISIBLE. (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1999.)

La cuestión de la divisibilidad o indivisibilidad de la cosa común o de su desmerecimiento por la división material es cuestión de hecho de la exclusiva apreciación de la Sala de instancia.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1999.)

Hechos.—Acuerdo de la Junta de Propietarios aprobando como gasto extraordinario las cuotas impagadas en ejercicios anteriores de diversos propietarios morosos.

Doctrina de la Sentencia.—El referido impago no puede justificar la confección de un nuevo presupuesto, ni siquiera con el carácter de extraordinario, que suponga una duplicidad de pagos para los propietarios cumplidores de sus obligaciones, sino que solamente debe dar lugar a que la comunidad de propietarios, representada por su Presidente, ejercite las acciones judiciales pertinentes contra los propietarios morosos en el pago de sus cuotas, conforme establece el artículo 20 LPH, para cuyo cobro (en lo que respecta a los gastos producidos en el último año y la parte vencida de la anualidad corriente) queda afecto, con el carácter de carga real, el piso o local respectivo, cualquiera que fuera su propietario actual y el título de su adquisición, conforme preceptúa el artículo 9, regla 5.ª LPH.

HIPOTECA: NULIDAD DE LAS CLAUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO. (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—La condición resolutoria de los préstamos hipotecarios constituye un pacto contrario a las leyes (a los varios preceptos del Código Civil y a los arts. 127 y 135 LH, a los que se opone frontalmente). Por tanto, da lugar a un pacto nulo, subsumible en el calor anatema del artículo 6 del Código Civil.

Los artículos 127 y 135 LH demuestran elocuentemente que la condición que precipita el vencimiento del préstamo constituye una cláusula poderosamente revolucionaria en el juego normal de los préstamos hipotecarios, tal como los regula nuestro Derecho sustantivo.

Tampoco el Código Civil da margen para el juego de la condición resolutoria. La principal obligación del mutuuario consiste en restituir al prestamista otro tanto de lo recibido en el tiempo y lugar designados en el contrato. Y según el artículo 1.125 del Código Civil, las obligaciones a término sólo son exigibles cuando el día llegue. Las excepciones a esta regla contenidas en el artículo 1.129 del Código Civil establecen la pérdida del beneficio del plazo precisamente en que la deuda carezca de garantías, lo que no ocurre cuando los préstamos están asegurados con hipoteca.

Comentario.—La genérica declaración de nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado ha sido criticada por los comentaristas de esta sentencia —ARIJA SOUTULLO, C., «LOS pactos de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario y otras cuestiones jurídicas», en *La Ley*, núm. 4997, 22 de febrero de 2000; DÍAZ FRAILE, J. M., *Ejecución judicial sobre bienes hipotecados. Actualizado a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2000; GARCÍA GARCÍA, J. M., «LOS llamados "pactos de vencimiento anticipado de la hipoteca" como condición resolutoria explícita del préstamo hipotecario. Lo positivo y lo negativo de la sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de marzo de 1999», en *Lunes 4,30*, núm. 264, segunda quincena septiembre de 1999, y en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 53 (2.^a época), noviembre de 1999, y «Naturaleza jurídica del convenio de inscripción de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario y del derecho resultante del mismo», en *Lunes 4,30*, núm. 298, primera quincena abril de 2001; GÓMEZ SÁNCHEZ, «La ilegalidad de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de cuotas en préstamos hipotecarios», en *Foro Jurídico*, núm. 30, 2000; LÓPEZ LIZ, J., «La perfecta legalidad de la causa de vencimiento anticipado por incumplimiento por el deudor de su obligación de pago en los contratos de hipotecas», en *La Ley*, núm. 4887, 20 de septiembre de 1999; PRATS ALBENTOSA, L., «Préstamo hipotecario: incumplimiento y pretendida nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado (o "La estoicidad financiera del prestamista...")». Comentario a la sentencia del TS de 27 marzo 1999», en *Revista de Derecho Patrimonial*, año 1999-2, núm. 3; RICO MORALES, N., «LOS pactos de vencimiento anticipado en la hipoteca», en *Folio registral*, núm. 103, mayo de 2001; RIVERA FERNÁNDEZ, M., «Préstamos hipotecarios y cláusulas de vencimiento anticipado», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 64 (2.^a época), octubre de 2000, y «Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios», en *Revista de Derecho Patrimonial*, año 2000-1, núm. 4; RUBIO TORRANO, E., «Préstamos hipotecarios, cláusulas resolutorias y otras prácticas bancarias», en *Aranzadi Civil*, núm. 10, septiembre de 1999—. El ponente sostiene los argumentos de la

sentencia (MENÉNDEZ FERNÁNDEZ, J., «La reciente Ley de Enjuiciamiento Civil y los pactos de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario», en *La Ley*, núm. 5071, 8 de junio de 2000). A raíz de este fallo, la DGRN ha recordado su doctrina sobre el carácter inscribible de las cláusulas de vencimiento anticipado por falta de pago de cualquier cantidad adeudada, por aparición de cargas no consignadas en el título, por falta de pago de contribuciones e impuestos preferentes al crédito hipotecario, por arrendamientos sin cláusulas de estabilización o con tal cláusula, pero en que la renta anual capitalizada al tanto por ciento que resulte de sumar al interés legal del dinero un 50 por 100 más, no cubra la responsabilidad total asegurada o el valor fijado para servir de tipo a la subasta, y en general por causas objetivas que disminuyan la garantía (Resolución de 2 de julio de 1999, con motivo de una consulta formulada por la Asociación Hipotecaria Española). La LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, en su artículo 693 da solución a esta cuestión que antes de la sentencia había sido pacífica.

Respecto a la naturaleza de estas cláusulas, la doctrina admite su configuración como condición resolutoria o causa de resolución del préstamo hipotecario. GARCÍA GARCÍA y Rico MORALES las encuadran dentro de los derechos potestativos o de modificación jurídica.

En cuanto a su inscripción en el Registro de la Propiedad, GARCÍA GARCÍA, RICO MORALES y RIVERA FERNÁNDEZ defienden la doble inscripción de la hipoteca y del pacto de vencimiento anticipado —a favor de la inscripción única, MENESES VADILLO, A., «La inscripción única en caso del derecho real de hipoteca en garantía de préstamos con condición resolutoria», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 56 (2.^a época), enero 2000—.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO.—ADQUISICIÓN DE DOMINIO: TÍTULO Y MODO. (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1999.)

El título constitutivo de la propiedad horizontal se otorga por el único propietario del edificio, como negocio jurídico unilateral, o bien se otorga por los copropietarios, si los hay, como negocio jurídico plurilateral (o acto de conjunto, *Gesamtakte* en la doctrina alemana). Lo mismo, en caso de modificación del título. Todo ello viene establecido por el artículo 5, párrafo 2.º del LPH, que dispone claramente los sujetos: o el propietario único del edificio, como sujeto del negocio jurídico unilateral, o todos los copropietarios, sujetos del negocio jurídico plurilateral, además del laudo o resolución judicial. La confusa referencia «al iniciar su venta por pisos» no alcanza al simple contrato sino al mismo como acto dispositivo (título) que transmite efectivamente el piso o local (con el modo).

En conclusión, se reitera la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en el sentido de que el título constitutivo de la propiedad horizontal o su modificación debe ser otorgado por el propietario único del edificio, que lo es pese a haber vendido pisos cuando los compradores no han adquirido el derecho de propiedad sobre los mismos, por tener el título (compraventa) pero no el modo (tradición real o simbólica). Sin embargo, en el campo del Derecho de Obligaciones se ha celebrado un contrato de venta de un determinado piso, con la cuota de elementos comunes, y si el vendedor altera el objeto del contrato, por más que el comprador no haya adquirido la propie-

dad, aquél está incumpliendo lo pactado en el mismo, incumplimiento que puede dar lugar a responsabilidad pese a que no pueda dar lugar a la nulidad del título o de su modificación.

TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1999.)

Se cumplen todos los requisitos exigidos para dispensar la protección registral del artículo 34 LH al tercero adquirente, ante la evidencia de que, efectivamente, el titular registral adquirió a título oneroso de persona que en el Registro aparecía como propietario de la finca, inscribió su derecho y al que ha de presumírsele la buena fe, puesto que no se ha practicado prueba en sentido contrario.

TERCERÍA DE DOMINIO: PLAZO. ADQUISICIÓN DE DOMINIO: EN SUBASTA JUDICIAL. (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1999.)

Supuesto de hecho.—Tercería de dominio interpuesta después del auto de aprobación de remate, sin que posteriormente se haya otorgado escritura pública de compraventa.

Doctrina de la Sentencia.—La cuestión suscitada ha sido examinada ampliamente en la STS de 1 de septiembre de 1997, según la cual, «la voluntad que manifiesta la LEC de 3 de febrero de 1881 en el artículo 1.533, según reitera la más autorizada doctrina científica —y así resulta de su tenor literal— es la de fijar el *dies ad quem* eligiendo como punto final el acto de consumación (cuando la cosa pasa a poder del rematante), en vez del acto de perfeccionamiento (coincidencia de voluntades). Con independencia de la impropiedad que suponga el empleo del término «venta» para identificar la enajenación forzosa que se lleva a cabo mediante la subasta judicial, es lo cierto que, en todo caso, el precepto que se examina exige que la enajenación forzosa no sólo se haya perfeccionado, sino también que se haya consumado. Y es lógico que sea así, puesto que en nuestro sistema jurídico el contrato de compraventa no transmite la propiedad si no va seguido de la tradición», y continúa diciendo la sentencia que «en el supuesto de subasta de bienes inmuebles, la aprobación de remate equivale al perfeccionamiento de la operación, en tanto que la escritura (que confiere la posesión civilísima) sería la operación de consumación del acto enajenatorio»; se refiere, seguidamente, a la reiterada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, según la cual «el artículo 1.533 LEC, después de ordenar que las tercerías de dominio pueden deducirse en cualquier estado del juicio ejecutivo, establece la limitación de que la de dominio no es admisible después de otorgada la escritura o consumada la venta de los bienes a que se refiere o de su adjudicación en pago y entrega al ejecutante; de manera que antes de la entrega de la cosa al comprador o al ejecutante, o antes del otorgamiento de la escritura, que según el artículo 1.462 del Código Civil equivale a la entrega de la cosa, puede deducirse y debe tramitarse la demanda de tercería de dominio, aunque se hubiese aprobado el remate en caso de subasta; por ser esa formalidad acto de perfeccionamiento y no de consumación del contrato de compraventa, y no obstante el principio de irrevocabilidad de la venta una vez celebrado el rema-

te que sanciona el artículo 1.498 LEC, por referirse evidentemente a los contratantes, con exclusión por tanto de los terceros (sentencia de 5 de enero de 1899)», doctrina ya expresada en sentencias de 16 de julio de 1982 y 10 de diciembre de 1991.

Por lo expuesto, si bien la aprobación del remate en el caso de autos perfeccionó el acto transmisivo de la propiedad, no se dio la consumación del mismo al no haberse otorgado, antes de la interposición de la demanda de tercería, escritura de compraventa del bien subastado. A ello no se opone la reforma llevada a cabo en el artículo 1.514 LEC por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, pues como dice la citada sentencia de 1 de septiembre de 1997: «la venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación en un documento público que antes era una escritura notarial y ahora es un testimonio expedido por el secretario. Así pues, tanto antes de la reforma como actualmente, la venta se producía con la aprobación del remate, plasmándose en el documento público una venta ya perfeccionada con anterioridad». En conclusión y tratándose de la venta judicial de bienes inmuebles, en tanto no surge ese documento del que nace la *traditio ficta*, de acuerdo con el artículo 1.462, párrafo 2.º del Código Civil, puede interponerse temporáneamente la demanda de tercería de dominio.

La existencia del título de dominio es una cuestión de hecho cuya apreciación es facultad soberana de la Sala sentenciadora en la instancia, cuyo resultado ha de ser respetado en casación en tanto no se impugne por el cauce adecuado que, vigente la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, es el del ordinal 4.º del artículo 1.692 LEC, denunciando error en la valoración de la prueba con cita de los preceptos legales reguladores de esa actividad judicial que se consideren infringidos.

TERCERÍA DE DOMINIO: REQUISITO DE TÍTULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1999.)

En el supuesto litigioso, el mandamiento de embargo es anterior a la adquisición por pública subasta de la finca por el tercerista. Con lo que la tercería de dominio está condenada al fracaso.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL: INCONSTITUCIONALIDAD. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—El procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria se opone, desde la perspectiva de su legitimidad preconstitucional, al artículo 24.1 CE, que reconoce el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

La declaración de derogación postconstitucional se apoya asimismo en el artículo 117.1 CE, conforme al cual el contenido de la jurisdicción comprende, aparte otras funciones o poderes complementarios y subordinados, dos manifestaciones básicas, la actividad declarativa que se conduce por el proceso de declaración y la actividad ejecutiva, por el proceso de ejecución. Ambas manifestaciones jurisdiccionales de declaración y de ejecución se de-

sarrollan en el único marco posible del «Poder Judicial» que tiene carácter «exclusivo». El artículo 117.3 CE proclama que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes.

En el caso se conculca por las normas reglamentarias el principio de legalidad que establece el invocado artículo 9 CE en relación con el artículo 117.3, por cuanto las dichas normas regulan un proceso de ejecución, sin respetar la «reserva de ley» que esta disposición constitucional prevé para «las normas de competencia y procedimiento». Por supuesto que la dicha «reserva de ley» no se cumple con la mera enunciación de un precepto legal, vacío de contenido normativo, que «deslegaliza» la materia remitiéndose a unas normas reglamentarias. Por tal poderosa razón, ninguna modificación reglamentaria posterior, como la habida por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, puede servir de apoyo a una presunta voluntad oficial de mantener el referido procedimiento, máxime cuando consta que la voluntad prelegislativa sobre la materia es la de abolirlo formalmente, según el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento CjvIL

Ejecutada la hipoteca en virtud de un procedimiento que se considera derogado por oposición con normas constitucionales, se declara la nulidad de las actuaciones seguidas, según tal procedimiento extrajudicial, sin perjuicio del derecho del acreedor hipotecario a instar la ejecución de la hipoteca por cualquiera de los medios admitidos en derecho.

Comentario.—Se reiteran los pronunciamientos sobre inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria de la STS de 4 de mayo de 1998, recogida en el núm. 658, pág. 1553 de esta Revista. A las citas allí señaladas pueden añadirse: BLASCO GASCÓ, F. DE P., «La declarada inconstitucionalidad del procedimiento ejecutivo extrajudicial (Comentario a la STS de 4 de mayo de 1998)», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, año 1999-1; DÍAZ MORENO, A., «El alcance de la doctrina de la Sala 1.^a del TS ante el "procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria"», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 3, año 1999-2; FAJARDO LÓPEZ, L., «Inconstitucionalidad del procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 4, año 2000-1; NADAL, L., «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a), de 20 de abril de 1999. La ejecución forzosa y el cumplimiento forzoso de la obligación. El "procedimiento" del artículo 129.11 LH, no es un proceso de ejecución», en *Revista General de Derecho*, octubre-noviembre de 1999; NÚÑEZ BOLUDA, L., «La inconstitucionalidad del artículo 129 LH en su segundo párrafo, relativo al "procedimiento extrajudicial" (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 4 de mayo de 1998)», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1999. Declara la constitucionalidad de la venta extrajudicial la RDGRN de 28 de mayo de 2001.

PROPIEDAD HORIZONTAL: EXTINCIÓN. (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1999.)

El artículo 21 LPH viene a contemplar dos supuestos de extinción del Régimen de Propiedad Horizontal, totalmente diferenciados e independientes entre sí, refiriéndose el primero a la destrucción física o material del inmueble, el que tan sólo toma en consideración la total del edificio, si bien, a la misma viene a equiparar aquélla en que el coste de la reconstrucción exceda

del 50 por 100 del valor de la finca, a menos que el exceso esté cubierto por un seguro, con lo cual parece estar aludiendo a un caso en que no se produce la total destrucción física del edificio, aunque por la trascendencia económica del coste de la reconstrucción merece igual consideración que el de ruina total. La única salvedad para que la destrucción del edificio no lleve aparejada la extinción del régimen de propiedad horizontal es la existencia del pacto en contrario.

Acaecida la destrucción total del inmueble sin pacto en contrario, se produce la extinción de la propiedad horizontal.

PROPIEDAD HORIZONTAL: EXTINCIÓN. (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1999.)

Como evidencia su redacción, el artículo 21 LPH, antes de la Ley 8/1999, de 6 de abril, viene a contemplar dos supuestos de extinción del Régimen de Propiedad Horizontal, totalmente diferenciados e independientes entre sí, refiriéndose el primero al de la destrucción física o material del inmueble. El precepto tan sólo toma en consideración la total del edificio, si bien, a la misma viene a equiparar aquélla en que el coste de la reconstrucción exceda del 50 por 100 del valor de la finca, a menos que el exceso esté cubierto por un seguro, con lo cual parece estar aludiendo a un caso en que no se produce la total destrucción física del edificio, aunque por la trascendencia económica del coste de la reconstrucción merece igual consideración que el de ruina total. La única salvedad para que la destrucción del edificio no lleve aparejada la extinción del régimen de propiedad horizontal es la existencia del pacto en contrario.

Admitida en el litigio la destrucción total del inmueble y la no concurrencia del pacto contrario a que alude el artículo 21 LPH citado, resulta incuestionable la extinción de la propiedad horizontal.

ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO: SOBRE EDIFICIO SIN DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA. (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1999.)

No cabe sostener que jurídicamente no existe una edificación cuando no ha sido declarada la obra nueva, ya que las formas vacías de contenido se convierten en insostenibles ficciones cuando niegan la realidad material, pues como ya estableció la STS de 9 de mayo de 1995, a propósito de un supuesto de indivisión, «no se pueden confundir los problemas registrales de la obra nueva no declarada, con la realidad jurídico civil».

Ejercitada la acción de división sobre dos solares en los que se edificó, debe declararse el cese del estado de indivisión de los bienes en condominio y, por tanto, procederse a la división y disolución de la comunidad, tanto sobre las parcelas como sobre la edificación. Según las características de la edificación, habiéndolo pedido así el actor, la adjudicación de las viviendas determinará que se actúe conforme a lo prevenido en el artículo 396 del Código Civil. A este efecto, las partes podrán compelerse recíprocamente a otorgar las correspondientes escrituras públicas para actualizar la situación registral de los bienes comunes, incluida la declaración de obra nueva, y, finalmente, la constitución del régimen de propiedad horizontal sobre el edificio en cuestión, respetando las adjudicaciones aceptadas por las partes.

SERVIDUMBRE VOLUNTARIA DE PASO: MODIFICACIÓN. (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1999.)

Supuesto de hecho.—Servidumbre voluntaria de paso, constituida en su día por la única propietaria de dos parcelas sobre las rampas de acceso del garaje de un edificio a favor del garaje del inmueble colindante. Los propietarios del predio sirviente solicitan la modificación de la servidumbre, el abono de la indemnización correspondiente al establecimiento de la misma y la contribución a los gastos de conservación, vigilancia, alumbrado y demás.

Doctrina de la Sentencia.—Dada la estructura de la edificación, la comunidad demandada y todos los miembros que la componen se benefician del servicio de vigilancia del garaje y se produce así una situación de enriquecimiento injusto. Sin embargo, los presupuestos para la aplicación de la figura jurídica referida no concurren en el caso analizado; en efecto: no cabe la presencia de esta situación cuando el supuesto enriquecido no la ha querido e, incluso, la rechaza, y, además, le es impuesta por conveniencia o interés de un tercero, con la indicación de que, a virtud de la normativa de la LPH, si un integrante de la propia comunidad mostrara negativa a un acuerdo similar al que aquí se trata, no estaría obligado a abonar su parte en los gastos, lo que es extrapolable analógicamente al caso del pleito. Tampoco se ha producido el empobrecimiento de una de las partes, pues la existencia del garaje colindante fue indiferente para la contratación del personal de seguridad y vigilancia, que igual hubiera sido efectuada. Por último, la servidumbre de paso y sus condiciones de no abono de cantidad alguna por gastos, que se encuentran establecidas en el título constitutivo, constituyen sin duda razón justificativa del supuesto enriquecimiento.

COMUNIDAD DE BIENES: USO. (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1999.)

La acción de desalojo ejercitada contra un comunero en el caso del pleito es claramente una acción que pretende ejecutar un acuerdo mayoritario de comuneros, cuya base legal se encuentra en el artículo 398, párrafo 1.º del Código Civil, y que se ha de realizar a través del cauce procesal del juicio ordinario.

Por otra parte, pretender que un comunero no puede ser desalojado del uso de la cosa común, habiéndose acordado por mayoría comunal tal desalojo, no deja de ser una afirmación ilógica y carente de todo sentido, como proclama la STS de 18 de febrero de 1987, que dice que la utilización de una finca por uno solo de los partícipes de la comunidad hereditaria, excluyendo el goce de los demás, infringe el artículo 394 del Código Civil e impide la aplicación de las reglas contenidas en el artículo 398 del Código Civil.

DERECHO DE SOBREELEVACIÓN. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1999.)

Hechos.—Reserva del derecho de vuelo por el constructor de un edificio en régimen de propiedad horizontal.

Doctrina de la Sentencia.—El reconocimiento del derecho de elevación sobre un edificio en régimen de propiedad horizontal es incorrecto, por oponerse el

artículo 16 RH a los artículos 396 del Código Civil y 3 y 11 LPH. Para construir sobre o bajo elementos comunes es preciso contar con el consentimiento de la Junta de Propietarios. La mención del derecho de elevación en las escrituras de venta de los diferentes pisos no implica consentimiento tácito de sus adquirentes, dada la indisponibilidad institucional y aislada de los elementos comunes.

El derecho de elevación al que se refiere el artículo 16 RH será tal derecho y estará legítimamente constituido cuando los titulares de todos los pisos y locales lo otorguen a favor del beneficiario, bien a título oneroso, bien a título gratuito.

Comentario.—El derecho de vuelo goza de actualidad, y prueba de ello son la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998, que da nueva redacción al artículo 16.2 RH; las SSTS (Sala 3.ª) de 24 de febrero de 2000 y 31 de enero de 2001, declarando la nulidad de los recién estrenados apartados c) y d) de aquel precepto; las RRDGRN de 29 de abril de 1999 ó 26 de noviembre de 2000; o estudios doctrinales como los de ARJONA GUAJARDO-FAJARDO y de DÍAZ FRAILE, publicados respectivamente en el núm. 664, págs. 681 y sigs., y en el núm. 665, pág. 1185 y sigs. de esta Revista.

Antes de la sentencia que motiva estas líneas, el ponente de la misma había mostrado sus reticencias a la figura de la reserva del derecho de vuelo por el propietario único del edificio —MENÉNDEZ HERNÁNDEZ, J., «Las reservas de derechos por los promotores. Su tributación», en *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 32 (2.ª época), diciembre de 1997—.

Los autores han criticado esta Resolución —ALBALADEJO GARCÍA, M., «El derecho de sobreelevación del artículo 16.2.º RH», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 30, 2000; GARCÍA GARCÍA, J. M., «Nota al artículo 16.2 RH», en *Código de legislación inmobiliaria, hipotecaria y del Registro Mercantil*, tercera edición; GONZÁLEZ CARRASCO, M. DEL C., «Comentario a la sentencia», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 51, septiembre-diciembre de 1999, frente al criterio unánime de la doctrina y la jurisprudencia (sentencias de 14 de marzo de 1964, 15 de diciembre de 1973, 7 de noviembre de 1979, 23 de julio de 1990, 11 de octubre de 1991, 15 de noviembre de 1999; Resoluciones de 7 de abril de 1970, 5 de febrero de 1986, 6 de noviembre de 1996, 29 de abril de 1999).

La posterior STS de 15 de noviembre de 1999 afirmará que el «inejercicio en la pretensión de la impugnación de ese derecho de vuelo cedido al amparo del artículo 16 RH, por vulnerar en su caso lo dispuesto en el artículo 396 del Código Civil, es lo que impide contemplar la novedosa sentencia de esta Sala de 10 de mayo de 1999».

TERCERÍA DE DOMINIO: EL TERCERISTA HA DE REUNIR LA CONDICIÓN DE TERCERO. (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1999.)

El fundador de una sociedad anónima que aporta a la misma el inmueble que luego será embargado carece de la condición de tercero que requiere la interposición de una tercería, dadas la vinculación en que estaba respecto a la sociedad y la coincidencia de intereses entre ambos.

ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO: *SOBRE COSA ESENCIALMENTE INDIVISIBLE*. (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1999.)

La regla general que rige las comunidades de bienes es que éstas no permanezcan en tal situación en forma indefinida, conforme a nuestro Derecho tradicional —las Partidas decían que las cosas se gobiernan mejor cuando son de uno sólo que cuando son de varios—, por eso el Código Civil autoriza a los condóminos a pedir el cese de tal estado, que tiene las siguientes limitaciones: *a)* cuando hay pacto vinculante entre los partícipes para continuar la situación indivisoria por el tiempo autorizado por la ley o resulta impuesta por el donante o testador; *b)* si la cosa resulta inservible, según su uso y destino, por consecuencia de la división a practicar (art. 401 del Código Civil); *c)* si fuere esencialmente indivisible o desmereciese mucho por la división, sin que medie acuerdo para su adjudicación a alguno o algunos de los partícipes (art. 404 del Código Civil), en cuyo caso el legislador optó por la solución de proceder a la venta pública con reparto del precio obtenido.

A tales limitaciones cabe añadir la situación particular que para los edificios establece el artículo 401, párrafo 2.º del Código Civil, en cuanto autoriza su división, siempre y cuando sus propias características permitan la adjudicación de pisos o locales independientes con sus elementos comunes, instaurándose entonces régimen de propiedad horizontal, con lo cual lo que se produce es transformación de la situación originaria de comunidad de bienes en la alcanzada de propiedad horizontal, que responde más bien a una división formal y autónoma material.

La declaración del precepto resulta abierta, pues no sólo permite incluir como supuestos de indivisión los que, atendiendo a las características estructurales o arquitectónicas, no hacen posible la división en aprovechamientos individualizados e independientes del total edificado, con salidas que se practiquen a los elementos comunes o a la vía pública, sino también todos aquéllos en los que el mal estado del bien impone la realización de obras importantes y caras, cuyo abono se les impondrá a todos los copartícipes.

Así en el caso litigioso en el que el edificio no era indivisible físicamente, ni de practicarse su división resultaría inservible conforme a su destino, sino que necesitaba, como actividad previa y necesaria a su adjudicación por lotes entre los condueños y para permitir su correcta utilización, llevar a cabo obra material de rehabilitación, que alcanzaría elevado coste y no resulta posible obligar a todos los comuneros a pechar con las referidas obras.

El artículo 401 del Código Civil no excluye la extinción de la comunidad por la venta pública de su objeto común y no se genera desequilibrio alguno o situación abusiva para los interesados, pues las partes ante la misma mantienen posturas de igualdad jurídica, ya que todos ceden su posición de condueños plurales que pasa por entero al adjudicatario vencedor en la subasta, y puede alcanzar estado de adjudicatario tanto un tercero como cualquiera de los integrantes de la comunidad que, de esta forma, se extingue, y lo que en realidad se divide entonces es el precio obtenido de la venta.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: NO CONCEDE PREFERENCIA SOBRE CRÉDITOS HIPOTECARIOS ANTERIORES CUANDO LA PRESENTACIÓN DE LA ESCRITURA DE HIPOTECA EN EL REGISTRO DE LA

PROPIEDAD ES ANTERIOR A LA ANOTACIÓN. (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1999.)

Doctrina de la Sentencia.—Del examen de los artículos 1.923 y 1.927 del Código Civil puede deducirse que la garantía de la anotación preventiva de embargo sólo cobra preferencia sobre los actos dispositivos y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación, y así tiene declarado reiteradamente la Sala Primera del Tribunal Supremo que «la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene la preferencia respecto a otros anteriores, ya que, como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho, función propia de la sentencia, que sería, en su caso, el verdadero título a estos efectos, ni altera la naturaleza de estas obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía este carácter, ni produce otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido, en cuanto a los bienes anotados, solamente respecto de los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación», y esta posición es uniforme en la doctrina jurisprudencial, que, sin embargo, ha mantenido diferentes criterios de preferencia respecto al supuesto de que el crédito anotado fuera posterior al hipotecario, pero la hipoteca haya sido inscrita después de la anotación.

En el supuesto referido al final del párrafo precedente, para las SSTS de 8 de abril de 1965 y 10 de marzo de 1973, con base en que la anotación de embargo goza de la prioridad dimanante de su fecha en relación con los gravámenes posteriores, y como la hipoteca es una figura que sólo se produce mediante la inscripción, hasta tanto no se verifique no existirá el crédito hipotecario, y si su inscripción es posterior a la anotación, ésta prevalecerá; posteriormente, las SSTS de 21 de febrero de 1975 y 5 y 19 de octubre de 1981, a partir de la estimación de que la anotación únicamente da preferencia al crédito anotado sobre los contraídos con posterioridad, consideran que el crédito hipotecario, aunque inscrito después, se antepone a aquél.

En el caso del pleito es de observar que la anotación preventiva de embargo fue verificada después de la presentación de la escritura pública de crédito hipotecario cuya preferencia se discute en el Registro de la Propiedad. Centrada así la cuestión, corresponde aplicar lo dispuesto en el artículo 24 LH, en virtud del cual se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir, la del asiento de presentación que deberá constar en la inscripción misma, lo que determina la preferencia del crédito hipotecario sobre el piso hipotecado, según establece el artículo 1.923.3.º del Código Civil.

ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITO DE POSESIÓN DEL DEMANDADO. (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1999.)

El artículo 448 del Código Civil, que se halla en contradicción con el artículo 1.954 del Código Civil, solamente puede ser tenido en cuenta cuando el actor reivindicante no ha probado su titularidad dominical del bien reivindicado, en cuyo supuesto, efectivamente, el demandado (poseedor en concepto de dueño) no se halla obligado, a virtud de dicha presunción, a probar su título adquisitivo; pero cuando el actor reivindicante prueba el hecho constitutivo de la

acción reivindicatoria por él ejercitada, el demandado se encuentra obligado a probar el hecho extintivo de la acción contra él ejercitada, sin que le exima de ello la presunción establecida en el artículo 448 del Código Civil.

APROVECHAMIENTO DE AGUAS PUBLICAS.—SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO. (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1999.)

Se confirman los pronunciamientos de la sentencia de la Audiencia Provincial. Conforme a lo dispuesto en la Disposición Derogatoria 1.^a de la Ley de Aguas, se derogaron los artículos 407 a 425 del Código Civil en todo aquello que se oponga a lo establecido en dicha Ley. Partiendo de la calificación de que dichas aguas son de dominio público, o aguas públicas, su aprovechamiento sólo puede provenir, partiendo de la legislación anterior (art. 409.2.º del Código Civil) a través de la concesión administrativa o por prescripción de veinte años. No existiendo tal concesión, si se pretende el aprovechamiento de las aguas por la prescripción de veinte años, a tenor del artículo 409.2.º del Código Civil, tal posibilidad pugna con la vigencia de la actual normativa de la Ley de Aguas, que en su artículo 50.2 no admite la prescripción de aguas de dominio público. Teniendo en cuenta esa dualidad normativa, es preciso acudir a la Disposición Transitoria 1.^a de la Ley de Aguas, en la que se sanciona que el derecho correspondiente conforme a la normativa del Código Civil seguirá manteniéndose en cuanto se acredite que la titularidad del aprovechamiento de aguas públicas proviene en virtud de concesión administrativa o prescripción acreditada. Al respecto, podrán legalizarse dichos aprovechamientos si se acredita por acta de notoriedad en el plazo de tres años. No habiéndose hecho así, no existe un derecho actual de aprovechamiento de las aguas discutidas.

La servidumbre de acueducto tiene carácter accesorio e instrumental en relación con la disponibilidad de las aguas. No acreditado el derecho al aprovechamiento de las aguas, no procede declarar la existencia de servidumbre alguna de acueducto.

ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITO DE IDENTIFICACIÓN DE LA FINCA.—LEGITIMACIÓN REGISTRAL: AMPARA LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA FINCA. (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1999.)

Estando definidos los linderos de la finca reivindicada por los cuatro vientos en las escrituras y acreditada la identificación física, las dudas que subsistan sobre los linderos no pueden perjudicar al propietario que goza a su favor del principio de legitimación derivado del asiento registral, pues no cabe atribuir nula eficacia a la inscripción, ya que ésta ampara al titular «también con la presunción de que lo que diga el asiento, tanto con referencia a la situación jurídica, como a las circunstancias de la finca, en la forma o en los términos que resulten del mismo, de manera que se ha de reputar veraz, mientras no sea rectificada o declarada su inexactitud, quedando así relevado el titular *secundum tabulas* de la obligación de probar la concordancia con la realidad extrahipotecaria y desplazando esta obligación, en régimen de inversión de la prueba, hacia la parte que contradiga la presunción mencionada, según se infiere de lo dispuesto en los artículos 1, 9, 21, 38, 40y41 LH» (STS de 21 de marzo de 1953).

TERCERÍA DE DOMINIO: SOBRE BIENES EXGANAN CÍALES. (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1999.)

Supuesto de hecho.—Embargo anterior a la inscripción en el Registro de la Propiedad de capitulaciones matrimoniales en que se pacta el régimen de separación de bienes y la adjudicación a la esposa de determinados bienes inmuebles. Presentado en el Registro de la Propiedad mandamiento para anotación del embargo, la misma fue denegada.

Doctrina de la Sentencia.—No puede prosperar la pretensión de la tercería de dominio planteada, ya que como reiteradamente tiene declarado la Sala Primera del Tribunal Supremo, el principio de seguridad jurídica y el principio de *potior in tempore*, hacen que al ser anterior la traba a la inscripción registral, debe prevalecer aquélla, puesto que no produce efectos a tercero la disolución de la sociedad patrimonial de gananciales hasta que la misma no tenga plasmación en el Registro de la Propiedad y el Registro Civil.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS PRIVATIVOS. (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1999.)

No es necesario el consentimiento de los copropietarios para la construcción de altillos en un elemento privativo. El artículo 8 LPH exige la aprobación de la Junta de Propietarios para aumentar un piso o local mediante la agregación de otros colindantes del mismo edificio; pero este requisito no puede postularse en el caso de los altillos interiores, que no tenían la consideración anterior de pisos, ni de locales, ni constituían unidades preexistentes de la finca, ni tenían número propio, ni inscripción independiente, ni cuota preasignada.

HIPOTECA EN GARANTÍA DE CUENTA CORRIENTE DE CRÉDITO. (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1999.)

Supuesto de hecho.—Escritura pública, denominada «de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria», en cuya cláusula primera se dispone «que el "Banco de Comercio, S. A." concede a la otra parte contratante un crédito en cuenta corriente, en los términos que resultan de este documento, obligándose el acreditado y los garantes, solidariamente entre sí y con aquél, si los hubiese, a reembolsar las cantidades que por cuenta del mismo disponga el acreditado, así como los intereses, comisiones, impuestos y gastos incluso los de carácter judicial que graven estas operaciones hasta su total pago, con arreglo al presente clausulado».

Doctrina de la Sentencia.—La calificación jurídica que corresponde a dicho contrato es la de contrato de apertura de crédito en cuenta corriente.

Dice la STS de 27 de junio de 1989, con cita de la de 12 de junio de 1976, que el contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, aunque aludido en el artículo 175.7.^a del Código de Comercio, no adquirió carta de naturaleza en nuestro ordenamiento positivo hasta que lo introdujeron en él las SSTS que se citan en la de 1 de marzo de 1969 y las RRDGRN de 28 de febrero de 1933 y

16 de junio de 1936, y que se define por la doctrina como «contrato por el cual el banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente»; tal contrato de carácter consensual y bilateral no puede ser confundido con el contrato de préstamo regulado en los artículos 1.753 a 1.757 del Código Civil y 311 y siguientes del Código de Comercio, de naturaleza real, que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada, y unilateral por cuanto de él sólo surgen obligaciones para uno de los contratantes, el prestatario.

ACCESIÓN ARTIFICIAL O INDUSTRIAL. (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1999.)

Supuesto de hecho.—Construcción a costa de la sociedad de gananciales de una segunda planta sobre otra de los padres de la esposa.

Doctrina de la Sentencia.—Procede la aplicación del artículo 361 del Código Civil, pues se dan en el litigio los requisitos para que tenga lugar la llamada accesión continua en bienes inmuebles, al no existir duda de que los dueños del terreno eran los padres de la esposa, así como de la actuación de buena fe por parte de los edificantes, al realizar las obras de construcción de un piso en la segunda planta del inmueble de los primeros con los accesorios de escalera y garaje, cuya propia naturaleza repele el concepto de mejora.

Según lo dispuesto en el artículo 1.358 del Código Civil, y en relación con el citado artículo 361 del Código Civil, el importe correspondiente de la condena habrá de valorarse, según el que corresponda a aquel nominal en el momento en que se satisfaga tras la ejecución de la sentencia, por lo que, en ese aspecto procede declarar que la condena será a favor de la sociedad de gananciales y que, asimismo, el importe correspondiente habrá de ser actualizado al tiempo de la liquidación, o sea, según el valor que se le asigne en el momento de su satisfacción en trámite de ejecución de sentencia.

ELENA MÚGICA ALCORTA

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por ISABEL DE LA IGLESIA MONJE, ISABEL MORATILLA GALÁN
y MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

EXISTENCIA DE SOCIEDAD. (STS DE 5 DE FEBRERO DE 2002.)

El demandado ha reconocido la existencia de sociedad entre los litigantes, el reparto de ganancias, los pagos efectuados por el actor, y la disolución unilateral de dicha relación por su propia voluntad, pese a lo cual el Tribunal de instancia hizo caso omiso de dicho medio probatorio.

Ha de recordarse, ante todo, que en la sentencia impugnada se ha llevado a cabo una detenida consideración tanto de la totalidad de la prueba practicada en autos como, concretamente, de la mencionada diligencia de confesión.

Tras el análisis de las contestaciones dadas por el demandado a las posiciones que le fueron formuladas, se llega a la conclusión de que si bien es incuestionable que entre las partes había mediado un pacto y que, con tal motivo, el actor realizaba gestiones, ventas y pagos relacionados con la explotación comercial de una determinada batea o vivero de mejillón, no se ha obtenido la necesaria convicción, respecto a que tal pacto fuera, precisamente, de sociedad y no de constitución de cualquier otra relación diferente —se alude a la venta a comisión—, pues la utilización de conceptos jurídicos por personas profanas es dato que en modo alguno puede servir para determinar la naturaleza de una convención.

LA EXISTENCIA Y LICITUD DE LA CAUSA NO PUEDE DESTRUIRSE MEDIANTE SIMPLES CONJETURAS. (STS DE 19 DE ENERO DE 2002.)

El Tribunal de instancia parte de la presunción que establece el artículo 1.277 del Código Civil de que la causa contractual existe y es lícita, mientras no se pruebe lo contrario, y afirma que esta demostración no puede reducirse a una simple conjetura basada en la existencia de una relación familiar íntima entre los contratantes, circunstancia que no reviste la entidad suficiente para destruir la mencionada presunción legal máxime si, como expresamente manifiesta la sentencia impugnada, nada ha probado la parte demandante sobre la situación económica del comprador o acerca de cualquier otra circunstancia que pudiera permitir otorgar mayor fundamentación a la simulación que invoca.

Esta valoración de la actividad probatoria desarrollada en el proceso que la Audiencia Provincial ha realizado en el ejercicio de la facultad que al efecto le corresponde y que no puede ser revisada en vía casacional, determina el decaimiento del motivo objeto de estudio.

CLAUSULA LIMITATIVA DE LA RESPONSABILIDAD. (STS 4 DE FEBRERO DE 2002.)

El motivo del recurso resalta los límites de la autonomía de la voluntad, pone de relieve la irrenunciabilidad de la acción para hacer efectiva la responsabilidad por dolo y la exigibilidad de la responsabilidad por negligencia, para concluir razonando sobre la ineficacia de la cláusula cuestionada. Pero, frente a la sintetizada postura, debe observarse que ningún hecho probado de la sentencia recurrida, ni de los fundamentos de la primera instancia aceptados por aquélla, permite inferir la existencia de una conducta dolosa en la actuación de la demandada. Aunque no reciba el mismo tratamiento doctrinal respecto de la validez de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, el dolo que la culpa, de manera que, matizadamente, según los casos, la concurrencia de culpa en la ejecución contractual permitiría la exoneración si fue pactada, es lo cierto que tampoco, desde la perspectiva de los hechos acreditados, ni aún teniendo presente la presunción jurisprudencial de culpa (que precisa, desde luego, de la prueba, nexo causal), es posible establecer la base fáctica necesaria para tal imputación, pues únicamente consta que, posteriormente, a la compactación, el Ayuntamiento de la localidad requirió a la actora por los defectos observados en algunas calles cuyo espesor no alcanzaba el mínimo exigible, a fin de suple-

mentar con una capa de aglomerado hasta el espesor declarado aceptable, todo ello en base a los estudios encargados a la empresa Eurocontrol, S. A.

INEXISTENCIA DE INCONGRUENCIA. (STS DE 14 DE FEBRERO DE 2001.)

Las argumentaciones de las sentencias de instancia no pueden configurar el vicio de incongruencia, habida cuenta que atendiendo al *petitum* y sus presupuestos fácticos, y lo concedido en la sentencia, no existe tal incongruencia, pues ésta ha de medirse en la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión que constituye el objeto del proceso, debiendo partirse de las alegaciones. Pero tal vicio procesal de la incongruencia no está relacionado con la fundamentación de la sentencia sino con su fallo. No se ha alterado la causa de pedir que se concreta inalterable en el *petitum* tantas veces repetido aquí, y los precedentes fácticos alegados que le sirven de apoyo, pues la *causa petendi* está constituida, por el acaecimiento histórico, por la relación de hechos, que al propio tiempo que la delimitan, sirve de fundamento a la pretensión que se actúa.

Pretender una alteración de la *causa petendi* por no haber planteado ninguna de las partes la ausencia de la causa, no resiste la más leve crítica, pues ella deriva del fraude y de la simulación, consecuencia jurídica de ellas que aparecen alegadas hasta la saciedad en el proceso.

LOS INTERESES MORATORIOS SON EXIGIBLES DESDE EL INICIO DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL (STS DE 3 DE ABRIL DE 2001.)

Cuando pueda colegirse fácilmente la existencia de una deuda a favor del actor y en contra del demandado, el abono de intereses procederá desde el momento en que inició la vía judicial, aún cuando la cantidad que se conceda sea menor que la reclamada, como ocurre en el presente caso. La jurisprudencia de esta Sala ha atenuado el automatismo del principio *in Miquis non fit mora*, al establecer que junto a la consideración de la condena de abono de intereses por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone el deudor moroso, precisamente por su conducta renuente en el pago que da lugar a la mora, cabe también concebir que si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad, una protección judicial de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello, no por tratarse de una deuda de valor, sino también y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos —léase frutos civiles o intereses—, no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el acreedor.

DISTINCIÓN ENTRE PÓLIZA DE CRÉDITO Y DE PRÉSTAMO. (STS DE 18 DE FEBRERO DE 2002.)

En el contenido obligacional de la póliza suscrita entre el Banco tercerista y el codeudor ejecutado, se incluyen varias cláusulas acreditativas de

la presencia de una póliza de crédito, cuales son las atañentes a la posibilidad por el deudor de realizar amortizaciones anticipadas; la de mantener abierta una cuenta operatoria al margen de la cuenta denominada de préstamo, dotada de fondos disponibles para el cargo en las fechas previstas en las correspondientes liquidaciones de intereses, comisiones, etc., así como que para la fijación del saldo exigible se acepta como cantidad, incluso a efectos ejecutivos, el que figurase en la cuenta el día de su cierre. En la póliza de préstamo son requeribles las cantidades exigibles desde el mismo instante de la póliza, mientras que en la de crédito se supone la concesión de unas posibilidades dineradas con límite fijado de antemano, de las que dispone o puede hacerlo el cliente o deudor, y sólo cabe reclamar el descubierto a reintegrar cuando se haya practicado la oportuna liquidación en que se constaten con exactitud las sumas percibidas a cuenta de dicha póliza, por lo que la fecha de liquidación del saldo es determinante para la preferencia.

COMPRAVENTA DE BIENES INMUEBLES CON PRECIO APLAZADO: NO CABE EL PAGO TRAS EL REQUERIMIENTO RESOLUTORIO. (STS DE 29 DE MARZO DE 2001.)

Una vez realizado por los vendedores el requerimiento resolutorio de la compraventa que prevé el artículo 1.504 del Código Civil, han de entenderse cumplidos los requisitos que establece dicho precepto para la resolución de los contratos de compraventa sobre bienes inmuebles por impago del precio aplazado; esta Sala no puede aceptar que el incumplimiento por la vendedora devino en un incumplimiento accesorio a partir del requerimiento, cuando la situación de incumplimiento por la compradora de su obligación principal de abonar el precio aplazado en la forma y tiempo pactado subsistía en los mismos términos al efectuarse el requerimiento resolutorio, sin que tal incumplimiento pueda quedar invalidado por los ofrecimientos de pago al tratarse ambos casos de ofrecimientos de pagos parciales, decididos unilateralmente por la compradora, en contra de lo establecido contractualmente y que los vendedores no venían obligados a recibir en esa forma y cuantía. De igual manera carece de efectos sanadores del incumplimiento de la demanda la consignación notarial del precio debido, pues el requerimiento lo fue de resolución del contrato y obsta al pago posterior, ya que su exclusiva finalidad fue la resolución del convenio y solamente resulta abierta la finalidad de pagar en tanto no haya requerimiento propiamente resolutorio.

LA OMISIÓN DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO NO IMPIDE LA REALIZACIÓN FORZOSA DE LA FINCA TRABADA. (STS DE 29 DE MARZO DE 2001.)

El embargo existe jurídicamente desde que la autoridad judicial lo decreta legalmente, con independencia de su anotación en el Registro de la Propiedad, la cual no puede condicionar su existencia ni tiene valor constitutivo respecto a dicha traba, aunque evidentemente conceda a la misma una mayor relevancia. Por ello, la anotación preventiva de embargo no es obligada o necesaria y su omisión no impediría proceder a la realización forzosa de la finca traba-

da, la cual surtirá plenos efectos con relación al posterior dueño, cuya adquisición no sea cronológicamente anterior a la práctica de la diligencia.

DISTINCIÓN ENTRE DERECHO DE VISTAS Y LA PRESERVACIÓN PACTADA DE VISTAS EXISTENTES. (STS DE 3 DE ABRIL DE 2001.)

Según la parte recurrente, la expresión «visuales» se encuentra subsumida en el concepto de vistas previstas en el Código Civil, fundamentándolo en la consideración de que los propios actores así lo reconocen en la demanda, al afirmar que el exceso de obra realizado les impedía su derecho de luces y vistas. La demanda se refiere no al derecho de vistas, del artículo 582 del Código Civil, sino a la preservación convencional de las vistas existentes, pactado entre las partes en documento privado y los planos que como anexos se acompañan al mismo, aportados a los autos, y por lo tanto las visuales de la vivienda no puede estar subsumido en la servidumbre de vistas del precepto citado del Código Civil, pues si así fuera, el pacto no tenía objeto, y lo que aparece claro es que el desestimiento de la oposición que se había realizado se refería a que la construcción del chaflán o cualquier otro elemento le privaba de las vistas que su vivienda gozaba, llamando visuales a lo que en realidad es campo visual, que nada tiene que ver con la apertura de ventanas, balcones u otros voladizos semejantes sobre la finca del vecino, al que se refiere en régimen de mínimos de cumplimiento obligatorio los artículos 582 y 583 y Código Civil.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

LA PERFECCIÓN DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA SE PRODUCE POR LA CONCURRENCIA DE VOLUNTADES EN RELACIÓN CON LA COSA Y EL PRECIO. LAS PARTES EN EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA CONTRACTUAL ESTABLECEN UNA SANCIÓN ECONÓMICA PARA EL CASO DE RETRASO CULPABLE EN LA ENTREGA DE LA COSA. (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Jesús Corbal Fernández.

No triunfa el recurso de casación.

Base fáctica.—El 26 de diciembre de 1989, la entidad mercantil «**Su-proin, S. L.**», compró a la empresa «**Staines Dos, S. A.**», dos naves, de las que en número de treinta y uno estaba construyendo la vendedora bajo la denominación de «Naves Sanzúcar» en Burgos —Carretera de Logroño—, con arreglo a las estipulaciones expresadas por escrito, y entre las que, como cláusula sexta, se expresa que «el vendedor manifiesta que la Caja de Ahorros Municipal de Burgos le ha concedido un aval para responder de las cantidades entregadas a cuenta. Si por cualquier circunstancia la construcción no se llevara a cabo o no se terminase en el plazo indicado, el comprador podrá exigir al vendedor la devolución de las cantidades entregadas hasta esa fecha más el 6 por 100 de interés anual. Para tal fin se entregará al comprador un documento de aval personalizado en cuanto lo facilite la Caja de Ahorros

Municipal, además y como resarcimiento de los perjuicios derivados del posible incumplimiento queda pactada una indemnización de quince millones de pesetas que «Satines Dos, S. A.», pagará a «Suproin, S. L.».

Doctrina de la Sentencia.—La Sala disiente de la postura de la Audiencia en el sentido de que se entiende que la cláusula penal está prevista exclusivamente para el caso de que se opte por la resolución, pero no por el cumplimiento contractual, como resulta —se dice— de la lectura conjunta y literal de la cláusula. Se afirma que es la única interpretación posible porque el primer apartado de la estipulación hace referencia a un supuesto resolutorio del contrato de compraventa, y lo mismo ocurre con el segundo, dada la expresión de «además» que se utiliza en su texto.

Es doctrina reiterada, conocida y pacífica de este Tribunal, que si bien la interpretación contractual tiene acceso como *questio iuris* a la casación, sin embargo ello no supone otra cosa que la posibilidad de rectificar la equivocación padecida, la exégesis arbitraria o la conclusión absurda, y no sustituir en todo caso por el criterio de esta Sala, lo que, en la instancia, apreció el sentenciador ejerciendo sus facultades privativas mientras no haga un uso improcedente de ellas.

LA COSA VENDIDA ES IMPROPIA PARA EL USO A QUE ESTABA DESTINADA. (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Várela.

No prospera el recurso de casación.

Alegación fáctica.—La «Sociedad Cooperativa Interlocal Agrícola Rioja Alta, S. R. L.», demanda por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a la entidad «Fruypaca, S. A.», y, entre otras peticiones, interesa la declaración de la Resolución de un contrato de compraventa de un millón doscientos mil kilogramos de patatas celebrado entre las partes el 5 de marzo de 1992, por no haber retirado la litigante pasiva sino parte de la mercancía y haberse negado a recibir el resto, y la condena a ésta a que le pague la cantidad de diecinueve millones doscientas noventa y nueve mil seiscientos ochenta y siete pesetas, cantidad que supone el valor de la cantidad retirada y no pagada y la diferencia entre el precio obtenido por cuenta del establecido en el contrato y de los gastos de almacenamiento y custodia.

Doctrina de la Sentencia.—La sentencia impugnada imputa a la recurrente la voluntad de incumplir, pero quien no ha observado el contrato es la sociedad demandante que dejó voluntariamente de realizar envíos. Además, la sentencia de instancia no ha tenido en cuenta que la actora ha procedido a la venta de las referidas patatas, a bajo precio y para alimento de animales, a un tercero, lo que acredita que la cosa vendida, tal y como anunciábamos en el título que da nombre a esta sentencia, era impropia para el uso a que estaba destinada.

La sentencia del Juzgado, asumida por la de apelación, da validez al informe suministrado por la actora, sin considerar la eficacia del aportado por la recurrente, se examinan conjuntamente y se desestiman porque esta Sala tie-

ne declarado en numerosas sentencias que el recurso de casación tiene un ámbito limitado y una fisonomía en cierta medida formalista, que veda realizar al Tribunal Supremo una nueva y completa valoración del pleito, y en los motivos reseñados, en verdad, la recurrente trata de convencer a este Tribunal del error en la apreciación de la prueba sufrido por el de apelación y no tiene en cuenta que, según manifiesta reiteradamente la Sala en sentencias de 15 de noviembre de 1997, 15 de abril de 1998 y 28 de septiembre de 1999, el último citado posee, en principio, soberanía para dicha estimación, salvo que ésta resulte ilógica, opuesta a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, que son supuestos de exclusión no concurrentes en este caso, pues lo contrario transformaría el recurso de casación en una tercera instancia.

IMPUGNACIÓN DE HONORARIOS POR INDEBIDOS. (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Román García Várela.

La impugnación formulada no prospera.

Hechos.—La representación forense de don Manuel Santos Prieto y de don José Pablo Rodríguez Mantiñán Martínez impugna por indebidos los honorarios presentados por el Letrado don Miguel Pavón en base a que la minuta contiene la siguiente relación: «**Escrito de personación. Estudio de los antecedentes y redacción del escrito de impugnación del recurso. Preparación del informe y asistencia a la vista**»; y, según manifiesta, la inclusión de concepto «**Escrito de personación**» determina que la minuta sea indebida, ya que no es preceptiva la intervención de letrado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Doctrina de la Sentencia.—Si bien se ha incluido una partida improcedente, cual es el **escrito de personación**, toda vez que el artículo 10.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exceptúa la regla de que «**no podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve firma de abogado, a los escritos que tengan por objeto personarse en el juicio, pedir la suspensión de vistas y cualquier otro de mera tramitación**», ello no es óbice a la reiterada posición de esta Sala, la cual tiene declarado, de manera pacífica y constante, respecto a los honorarios, que aunque es cierto que el artículo 423 de la Ley Rituaria exige la aportación de minuta detallada, no es necesaria la consignación de la cuantía concreta asignada a cada concepto, pues la misma ha de resultar indudablemente del aspecto proporcional relativo a cada una de las correspondientes normas y, en este caso, bastaría la verificación de las oportunas correcciones tras eliminar la partida incorrecta.

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Ponente: Excmo. Señor don Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

El recurso de casación no triunfa.

Alegaciones fácticas.—El señor Francisco Javier Gaya Hernández, en contrato privado de 8 de octubre de 1990, otorgó un préstamo a «Urbe-92» de quince millones de pesetas, en el que consta el desembolso y pago a dicha mercantil de doce millones quinientas mil pesetas, y, en recibo independiente, de dos millones quinientas mil pesetas, préstamo el indicado que devengaría el 12 por 100 de interés anual, pagadero por semestres, y al término del plazo de un año se devolvería en su totalidad al señor Gaya. El 31 de diciembre siguiente se formalizó en documento público: a) La venta por el señor García-Verdugo de setecientas cincuenta acciones de «Urbe-92» de su propiedad, al señor Gaya, y b) El precio de la transmisión era el global de siete millones quinientas mil pesetas, y en la escritura notarial no tuvo ninguna intervención «Urbe-92». Pasado el plazo del año, el señor Gaya no recibió mencionadas cantidades de la sociedad demandada, por lo que tuvo que pedir nuevo préstamo para cancelar el crédito anterior.

Doctrina de la Sentencia.—De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.281 del Código Civil, las obligaciones deben cumplirse conforme a la voluntad de las partes, sin ser lícito desnaturalizarlas con interpretaciones rebuscadas cuando aquélla aparece clara, como sucede en nuestra litis, como es la concesión de un préstamo con desglose de las cantidades desembolsadas y con regulación de su vencimiento, estando perfectamente documentada la intención de las partes, sin dar lugar a dudas. En la addenda del contrato se declara que se ha dado lugar al cumplimiento de su Disposición 2.^a, en la que el señor Gaya suscribía setecientas cincuenta acciones de la sociedad, añadiendo que se deja subsistente el resto de su contenido. La validez y el conjunto de las estipulaciones que integran el contrato deben valorarse según el natural y lógico sentido de su cláusulas y finalidad, a menos que se acredite la evidencia de ser otra la intención de las partes, y pese a que los demandados alegaron la inexistencia de un préstamo, de la prueba no se ha acreditado ni demostrado que fuera otra la intención. Y es que cuando la literalidad de las cláusulas sea clara, no son de aplicar otras diferentes y si la intención de la sociedad no fuera la de recibir un préstamo sino una aportación, debería constar en los libros societarios, lo que no consta.

Además, se insiste de manera reiterativa que el documento otorgado el 8 de octubre de 1990 representó la inequívocamente concesión de un préstamo hecho por el señor Gaya —actual recurrente a la sociedad «Urbe-92»—, y por ello, al no ser interpretado en tal sentido por los Juzgadores de instancia, vinieron a infringir el mencionado artículo 1.281 del Código Civil. Ahora bien, mentado precepto hace referencia a la claridad de los términos de un contrato que no deja lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, lo cual no acontece en el caso de autos pues en el citado documento no se alude únicamente a la existencia de un préstamo, sino también a la condición de socio del señor Gaya, a la subordinación de la entrega de una parte del dinero a la firma de la escritura de la sociedad, a cómo quedó constituido el capital social, al encargo de trabajos por la sociedad, al acondicionamiento de la participación de los socios a la aceptación del documento, y a la suscripción de setecientas cincuenta acciones por el señor Gaya, por lo que el contenido del documento, en cuanto a su íntima finalidad, no permite que sea interpretado en un sentido literal estricto, y de aquí la imposibilidad de atribuir al Tribunal *a quo* haber infringido el mencionado artículo 1.281.

Con independencia de lo expuesto no cabe olvidar que **la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Juzgadores de instancia** cuyo criterio ha de prevalecer a menos que se demuestre sea ilógico o absurdo, lo que no sucede en el caso de autos, ni olvidar, tampoco, las conclusiones a que llegaron, tanto la Audiencia como el Juzgado, en función de la prueba practicada: **«la falta de eficacia, en cuanto contrato de préstamo, del documento en el que la parte actora asienta fundamentalmente su pretensión»** y **«se puede concluir que dicha entrega se realizó como aportación»**.

TERCERÍA DE DOMINIO. BIENES EMBARGADOS APORTADOS A LA CONSTITUCIÓN DE SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1999.)

Excmo. Señor don Alfonso Villagómez Rodil.

Prospera en parte el recurso de casación.

Hechos.—Los esposos don José González Ocaña y doña Victoria Tomás Navalón suscribieron Póliza de Préstamo en el Banco Popular Español, S. A., el 15 de enero de 1991, por importe de seis millones de pesetas, comprometiéndose a la devolución el 15 de julio de 1991, de tres millones de pesetas, y los otros tres el 15 de enero de 1992. No habiendo pagado el segundo vencimiento, el Banco promovió juicio ejecutivo —del que dimana la tercería que analizamos—, y en el que fueron embargados, el 7 de abril de 1992, veintitrés fincas, de las que diecisiete eran objeto de este proceso. En período anterior cercano, concretamente el 2 de septiembre de 1991, don José González Ocaña y su hijo don José Cayo González Torres constituyeron la Sociedad de Responsabilidad Limitada «Cayo Mondéjar», suscribieron participaciones mediante aportación de quince fincas, rústicas y urbanas, que se reclaman en la tercería por haber sido trabadas, así como varios vehículos y el negocio denominado «Tío Cayo», dedicado a la venta de vinos y vinagres; y el segundo, diez mil pesetas en metálico, que la sentencia dice no acreditado, y por medio de escritura de 30 de enero de 1992, don José González Ocaña transmitió sus participaciones sociales a su cuñado don Sinforiano Torres Navalón, por el precio de un millón de pesetas que el documento hace constar ha sido satisfecho en efectivo y cincuenta millones más con pago aplazado sin devengo de intereses.

Doctrina de la Sentencia.—Pese a que no se estima en sus propios términos la reconvencción, es lo cierto que acreditada la nulidad del título invocado por el tercerista, esto produce la desestimación de la tercería, como tal excepción, aunque se haya alegado en reconvencción, de conformidad con los artículos 523 y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ciertamente es que, según la reiterada doctrina de esta Sala, la desestimación de la reconvencción conlleva, por imperativo del párrafo primero del artículo 523, a la imposición de costas al reconviniente por no prosperar su contrademanda. Ahora bien, el rigor de esta imposición por aplicación del principio del vencimiento objetivo resulta atenuado y alterado cuando sucede que la sentencia contiene razonamientos para justificar la no imposición expresa al demandado que reconviene y el que se deja transcrito se estima suficiente y justificativo de la decisión judicial no

impositiva de las costas por representar discrecionalidad razonada que autoriza la norma y no resultar necesario el empleo de la frase circunstancias extraordinarias.

En paralelo con lo antedicho, se decretó que se había instaurado una verdadera simulación que vicia la causa negocial con la consiguiente ineficacia del negocio societario y el posterior de venta de las participaciones sociales que resultó admitida por vía de oposición, integrada en la reconvencción que el Banco planteó y no por acogida decidida de lo suplicado en la misma, ante la problemática que se planteaba al Tribunal de decidir sobre las nulidades alegadas por darse situación litisconsorcial pasiva, en cuanto no tuvieron oportunidad de defenderse los interesados en los negocios cuya nulidad se petició por ser personas distintas del tercerista, del ejecutante y del ejecutado. La doctrina declara que en las tercerías de dominio, si se acciona pretensión autónoma, como es la ineficacia del título dominical que esgrime el tercerista, no se precisa necesariamente que se ha de plantear reconvencción en la pretensión de nulidad de las relaciones contractuales llevadas a efecto para eludir las responsabilidades de quien resulta ejecutado y sustraer sus bienes al embargo practicado, cumpliendo simplemente con excepcionar la nulidad de los documentos invocados de contrario.

El Tribunal de instancia en el examen y apreciación de las pruebas tanto directas como indirectas, ante la difícil probanza de las situaciones de simulación y defraudatorias de los derechos ajenos, pero partiendo de las bases objetivas suficientemente demostradas, alcanzó la conclusión de que la escritura de constitución de la sociedad vino a instaurar una ficticia situación de insolvencia del ejecutado que aportó al ente social su patrimonio más importante para cobijarlo bajo la titularidad de persona distinta, que sólo resulta aparente y maliciosamente se utilizó a tales fines defraudatorios en perjuicio de acreedores, como pone de manifiesto los recorridos negociales urdidos que están afectados de vicio causal al asistir a la escritura que constituyó la sociedad una causa a todas luces ilícita, tal y como dispone el artículo 1.275 del Código Civil, que destruye la presunción de concurrencia de causa que enuncia el artículo 1.277 del Código Civil.

La Sala *a quo* se adentró en la estructura interna de la sociedad para poner de manifiesto una sustancial confusión de personalidades y patrimonios, lo que se tradujo en una inconsistencia de la personalidad jurídica de la sociedad por inexistencia de autonomía necesaria y a lo que ha de añadirse que no se produjo efectivo desplazamiento patrimonial de los bienes del ejecutado a la sociedad, y de esta manera no cabe distinguir lo que es propiedad de la sociedad de lo que es propiedad de los socios. De forma tal, que lo que se deja dicho determina la ineficacia a efectos de terceros del negocio siguiente consistente en la transmisión de participaciones sociales, realizada un tanto apresuradamente y sin respetar los estatutos por los que se regía la sociedad, sin que tampoco se hubiera demostrado suficientemente la concurrencia de efectiva causa en dicha venta que precipitaba con mayor intensidad la insolvencia del deudor de referencia, dada las peculiaridades que concurrieron en la transmisión, la que no tenía otro significado que aparentar haber quedado desprovisto de capital suficiente para afrontar las obligaciones contraídas con los acreedores.

En conclusión hemos de decir que, no demostrándose por parte de la mercantil tercerista la propiedad autónoma propia de los bienes cuya titularidad patrimonial se atribuye, la tercería no prospera, y el desplazamiento de

las propiedades del ejecutado a favor de aquélla, que él mismo instauró, lo habría sido sólo en apariencia, careciendo el ente social de la titularidad real y efectiva de los bienes embargados.

ISABEL MORATILLA GALÁN

APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS.—LA SEGURIDAD DEL TRAFICO JURÍDICO SE VERÍA COMPROMETIDA SI SE ADMITIESE QUE LAS PERSONAS PUDIESEN DESLIGARSE DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE HABÍAN ASUMIDO. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 2002.)

En el año 1981 «Cote, S. A.», ahora recurrente, había promovido un juicio sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria con base en la hipoteca constituida a su favor en escritura pública de 24 de septiembre de 1979 por don Erhardt Jossef Fischer (actualmente fallecido) y su esposa doña Marguerite Fischer, sobre una finca propiedad del matrimonio en garantía del pago de la cantidad de 7.466.000 pesetas que reconocían adeudar a aquella entidad como consecuencia de la construcción de un chalet en el mencionado predio.

El 21 de diciembre de 1984, «Cote, S. A.» se adjudicó el bien hipotecado por 9.500.000 pesetas en la tercera subasta anunciada en dicho procedimiento.

En 1991 la señora Fischer interpuso contra «Cote, S. A.» y contra don Jaime Bauza, Administrador único de la entidad, la demanda de que el presente recurso trae causa, interesando se declarase que los demandados, al promover el procedimiento judicial sumario el 14 de octubre de 1981, habían actuado de forma dolosa, pues en aquel momento «Cote, S. A.» ya había cobrado 7.436.110 pesetas a cuenta de las 7.466.000 pesetas fijadas como como pendientes en la escritura pública mencionada, en tanto que en la fecha de celebración de la tercera subasta la cantidad ya percibida por la constructora era de 8.746.110 pesetas, bastante superior a la establecida en el documento mencionado. En consecuencia, solicitaban, además, la condena de los demandados a pagar a la actora el importe de los daños y perjuicios sufridos conforme al valor actual del chalet.

El Juzgado desestimó la demanda en su totalidad, imponiendo las costas a la demandante.

En grado de apelación, la Audiencia Provincial, con parcial estimación de la demanda, ateniéndose en buena medida al informe pericial contable emitido en autos, condenó a los demandados a satisfacer a la actora la suma que se determinase en fase de ejecución.

El TS condena a Cote, S. A. y a don Jaime Bauza Andreu, a satisfacer a doña Marguerite Fischer la cantidad a que ascienda la diferencia entre el precio de remate alcanzado por el chalet de dicha señora en la subasta celebrada el 3 de febrero de 1983 y la suma efectivamente adeudada por la misma en esa fecha, a determinar en fase de ejecución.

Se basa el fallo en la doctrina de los actos propios:

La suscripción del documento privado de 24 de abril de 1978 y la aceptación de las letras de cambio que en el mismo se mencionan implican el pleno y categórico reconocimiento de la cantidad pendiente de pago y la facilitación

a la acreedora de títulos ejecutivos que permitían su eventual reclamación judicial, siempre a reserva del resultado de la liquidación final de la obra.

Por otra parte, pocas dudas pueden albergarse acerca de que con el otorgamiento de la escritura pública, de 24 de septiembre de 1979, se llevaba a cabo la expresa ratificación del documento privado de 1978, a la par que se realizaba y aceptaba por los señores Fischer la liquidación final prevista, determinándose la cantidad que en definitiva adeudaban los mismos, una vez computados los pagos efectuados y el importe de las obras ejecutadas.

La seguridad del tráfico jurídico se vería sin duda sumamente comprometida si se admitiese que personas mayores de edad, cuya capacidad para todos los actos de la vida civil presume el artículo 322 del Código Civil, pudiesen desligarse del cumplimiento de las obligaciones que habían asumido, muy especialmente en casos como el presente, dadas las relevantes circunstancias que en el mismo concurren. De una parte, la seriedad y rigor que la presencia notarial comporta en orden a la necesaria información y a la libertad de decisión de los interesados; de otra, el hecho de que el otorgamiento de la escritura de reconocimiento de deuda cuenta con el importante antecedente del documento privado que con la misma finalidad se había suscrito un año antes, pues ambas declaraciones de voluntad, aún cuando no se registre una absoluta exactitud entre las cantidades que en una y otra se establecen, resultan perfectamente coherentes entre sí.

LA CONSIDERACIÓN DEL INTERÉS PACTADO COMO NO DESPROPORCIONADO RESPECTO AL NORMAL DEL DINERO, SEGÚN LA CLASE Y DURACIÓN DEL CONTRATO QUE DESCANSA SOBRE PRÉSTAMO, ES LA FACULTAD DEL JUZGADOR DE INSTANCIA, Y EN CASACIÓN HA DE RESPETARSE LO ESTABLECIDO EN LOS HECHOS PROBADOS. (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2002.)

El Juzgado de 1.^a Instancia número 9 de Oviedo desestima una demanda sobre nulidad de préstamo por usura y la sentencia es confirmada por la Audiencia Provincial.

Se interpone recurso de casación por no hacerse pronunciamiento sobre la tasa de interés normal del dinero con denegación de la tutela judicial.

El Tribunal Supremo no admite la casación, basándose en el siguiente razonamiento:

Por razón del interés establecido en contrato, la Ley de Usura tiene por nulo, desde su artículo 1, el préstamo para el que «se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino» —adjetivaciones que encierran referencia a lo que es descarado en lo desmesurado con grado sumo— llevando a suponer que fue aceptado en situación angustiosa, de inexperiencia o de limitación mental porque en la normalidad del aceptante produciría inmediato rechazo, disponiendo el artículo 2 que en cada caso los tribunales, para resolver, formarán libremente su convicción ante las alegaciones de las partes —así lo ha establecido la jurisprudencia en sentencias de 25 de septiembre de 1962, 18 de junio de 1963, 28 de febrero de 1988, 4 de julio de 1989, 24 de abril de 1991, 6 de noviembre de 1992 y 31 de marzo de 1997, disponiendo la de 24 de noviembre de 1984

que la facultad de libre convicción del Tribunal Supremo ha de ser aceptando los supuestos y apreciaciones de hecho de la sentencia recurrida— y siendo muy variable la cuantificación jurisprudencial de los intereses dentro de la normalidad, la Sala de instancia —teniendo en cuenta lo ya establecido por el Juzgado al señalar como interés nominal pactado el anual del 21,504 por 100 y como interés de demora un 24 por 100 anual— hace un minucioso estudio partiendo de que la operación comprensiva del préstamo es un arrendamiento financiero sobre un camión Mercedes Benz en fecha de 11 de abril de 1991, para tiempo de cinco años suponiendo aquéllos, respectivamente, un TAE del 23,755 por 100 y del 26,82 por 100, cálculos que el recurrente no hace con respecto a la fecha del contrato, ni a la del tiempo por el que se pacta, ni a la clase de contrato, ya que el litigioso es muy diferente al del simple préstamo, y la mera contradicción que hace a la Sala de instancia desde una interpretación propia de la prueba pericial en discrepancia con la que, como facultad que les corresponde y usan con todo rigor y raciocinio, hacen los juzgadores de instancia constituye un conjunto de circunstancias que excluyen toda la posibilidad de sostener eficazmente un recurso de casación y el motivo que así lo hace tiene que ser desestimado.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO. RESTITUCIÓN DE LAS PRESTACIONES RECÍPROCAS ACOMODADAS A SU VALOR.—ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 2002.)

Declara: es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos *ex nunc* sino *ex tunc*, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se halla establecido para los casos de rescisión en el artículo 1.295 del Código Civil al que expresamente se remite el artículo 1.124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para los casos de nulidad en el artículo 1.303 y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el artículo 1.123».

Y frente a la mera opinión mantenida por la parte recurrente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 1992, establece en relación con la vuelta al estado jurídico preexistente al contrato resuelto, que ello implica que tal resultado no pueda entenderse de modo que deje a beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recogido, aunque sean parciales o inadecuadas, antes de la resolución, pues ello conduciría a proteger un enriquecimiento injusto, consiguiéndose con ello, de paso, el exacto y lógico reintegro de las cosas y situaciones a su prístino 3er en lo posible, con la recíproca devolución de las cosas o de su valor que constituyeron las prestaciones mutuas de los contratantes. Por ende, el motivo se desestima.

CLAUSULA PENAL: TIENE NATURALEZA ACCESORIA DE MODO QUE PARA SU APLICACIÓN ES PRECISO LA EXISTENCIA DE UN INCUMPLIMIEN-

TO O CUMPLIMIENTO IRREGULAR. MODERACIÓN: TIENE CARÁCTER IMPERATIVO PERO SOLO OPERA EN EL CASO DE CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR (POR LO QUE NO ES APLICABLE CUANDO SE DA UN INCUMPLIMIENTO TOTAL), O CUANDO SE TRATA DE UN RETRASO EN EL SUPUESTO DE CLÁUSULA PENAL MORATORIA. (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2002.)

Se pidió condena a los demandados para que pagasen determinadas partidas resultantes de un contrato de obra y la cantidad correspondiente a una cláusula penal. El Juzgado de San Sebastián, número 5, desestima la demanda, lo que se confirma por la Audiencia Provincial.

El Tribunal Supremo confirma los fallos de instancia y respecto a la cláusula penal declara:

«Se alega la aplicación de la penalización del 100 por 100 prevista en el apartado tercero de la cláusula primera, en sede de retraso en la ejecución de las obras, sin tener en cuenta que la facultad de moderación del precepto mencionado tiene carácter imperativo y no facultativo, y que el retraso de las obras no dependió de la voluntad ni de la negligencia de los obligados, sino de cuestiones ajenas a los mismos, y en concreto administrativas.

El motivo, que hace referencia exclusivamente a la aplicación de la penalización del apartado tercero de la cláusula primera (y no a la de la cláusula décima), no puede ser acogido porque carece de base fáctica. El artículo 1.154 del Código Civil prevé la moderación con carácter imperativo (sentencias de 6 de octubre de 1976, 20 de octubre de 1988, 2 de noviembre de 1994 y 9 de octubre de 2000) para el caso de cumplimiento parcial o irregular, por lo que no es aplicable cuando se da un incumplimiento total (sentencias de 28 de junio de 1995 y 30 de marzo de 1999), o cuando se trata de un retraso en el supuesto de cláusula penal moratoria (sentencia de 29 de noviembre de 1997)».

COMPRAVENTA: DE CUERPO CIERTO: COSA CIERTA PERFECTAMENTE INDIVIDUALIZADA Y DELIMITADA: NO RESULTA RELEVANTE LA SUPERFICIE PARA SU IDENTIFICACIÓN (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2002.)

La cuestión nuclear sobre la que gira el proceso hace referencia a la delimitación de la cosa objeto del contrato de compraventa celebrado entre las entidades INONSA, S. A. (en la actualidad INONSA, S. L.) y VENTA DE PISOS, S. A. (VENPISA), pues en tanto la primera, actora-recurrente, sostiene que el objeto comprado abarca la totalidad del suelo afectado por la Unidad de Actuación 18 (2) del Plan de Ordenación Urbana de Almería, la segunda, demandada-recurrida, sustenta que vendió únicamente las dos fincas descritas en la escritura pública de 11 de noviembre de 1988 (registrales números 19.667 y 27.331), que se hallan ubicados dentro de dicha Unidad, y no la totalidad del terreno a que esta UA se extiende, por lo que no tiene responsabilidad alguna respecto a que existan, en la misma, otras fincas pertenecientes a diferentes propietarios. La tesis de la entidad actora, en cuya demanda solicita diversos pronunciamientos declarativos y condenatorios, fue acogida por la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia, número 4, de Almería, el 3 de junio de 1994, autos de juicio de menor cuantía 785/91, la cual, sin embargo, fue revocada en apelación por la sentencia de la Sección

Segunda de la Audiencia Provincial de dicha capital, de 10 de mayo de 1996, recaída en el Rollo 401/95, que desestima la demanda con imposición a la demandante de las costas causadas en la primera instancia. Por la entidad INONSA se interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

En el motivo tercero se alega infracción, por aplicación indebida, del artículo 1.281.1 del Código Civil, con base en que la interpretación contractual no puede detenerse en la mera literalidad de los términos del contrato, por claros que éstos aparezcan, cuando surjan dudas sobre la verdadera intención de los contratantes, sino que debe investigar lo realmente querido por los mismos. Y en el motivo cuarto se aduce infracción de los artículos 1.281.2 y 1.282 del Código, respecto a la relevancia de los actos anteriores, coetáneos y posteriores para comprobar la evidente intención de los contratantes.

Los dos motivos que se examinan conjuntamente porque pueden ser objeto de respuesta unitaria sin atentar a su diferente proyección jurídica, deben ser desestimados por dos razones. Por una parte, la función hermenéutica contractual corresponde al Tribunal de instancia, y sólo cabe su revisión en casación cuando se denuncia ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico, lo que en el caso no sucede. Por otro lado, la expresión «forman parte» significa que las fincas están integradas en una unidad, y no es lógico deducir que se abarca la totalidad de ésta, en armonía con la significación semántica de que «formar parte de cierta cosa» es ser uno de los miembros o componentes de ella. Asimismo, en el cuerpo del motivo cuarto se sientan una serie de apreciaciones fácticas, que en buen número no tienen soporte en la resolución recurrida, y que en cualquier caso, ninguna de ellas, en absoluto contradice la conclusión del juzgador de instancia de tratarse de una compraventa de cosa cierta y determinada concretada en las dos fincas especificadas en la escritura pública de 11 de noviembre de 1988.

FALTA EL SUPUESTO NORMATIVO QUE EXIGE LA APLICACIÓN DEL PRECEPTO INVOCADO. (SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

El primero de los motivos (art. 1.692-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil antigua) denuncia la infracción por inaplicación del artículo 277 del Código de Comercio, en cuanto exige que se abone al comisionista el premio de la comisión. Mas tal planteamiento jurídico reclama la previa existencia o subsistencia de la obligación, esto es, conduce a considerar los hechos que se declaran probados a efectos de determinar si la *questio facti*, establecida ya como inmutable, permite la configuración del supuesto de hecho normativo que se especifica. Conforme a éstos, resulta claro, en relación con la firma del «contrato de compromiso de compraventa de acciones» entre los demandados y entidad francesa «Unión Laitiere Normande», que no existió en su gestión y formalización la intervención que se atribuye la actora y recurrente «dentro de su función de mediación o corretaje», pues «no aparece gestión alguna de dicha parte que pueda considerarse como causante de tal contrato, no ya sólo porque su formalización se llevó a efecto cuando el contrato 26 de septiembre de 1989 había finalizado por extinción del plazo contractual y de su prórroga, sino porque, además, no aparece 3 E., S. A. en dicho contrato ni se hace referencia alguna a su presencia ni a su posible intervención inicial ni en la posterior ejecución de dicho contrato.

ASUNCIÓN DE DEUDA. EL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR PUEDE PRESTARSE IMPLÍCITAMENTE A TRAVÉS DE LA FORMULACIÓN DE DEMANDA CONTRA EL NUEVO DEUDOR. (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 2001.)

El juicio de que el presente recurso trae causa se inició en virtud de demanda de la «Compañía Española de Petróleos, S. A.» (CEPSA) contra «Hermanos Gandón, S. A.» en reclamación del pago de la cantidad a que ascendía el combustible suministrado por la actora el día 9 de octubre de 1990 al buque «Areasa tres», que era propiedad, a la sazón, de «Pesquerías Área, S. A.» quien posteriormente (el 3 de marzo de 1994) lo vendió a la entidad demandada. Se alegaba que por documento privado de la misma fecha, cuya fotocopia se aportaba, la mercantil compradora se había comprometido a liberar de dicha deuda a la anterior propietaria del buque y a correr con todos los gastos que se ocasionasen con tal motivo.

El Juzgado de Primera instancia, entendiendo que se había producido una asunción acumulativa o de refuerzo, apreció la existencia de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido dirigida la demanda contra «Pesquerías Área» y absolvió en la instancia a «Hermanos Gandón», sin hacer declaración en cuanto a costas.

Recurrida esta sentencia por Cepsa, la Audiencia Provincial afirmó que no existía, como se pretendía en la demanda, una asunción de deuda cumulativa, sino una delegación liberatoria del deudor primitivo, pues en ningún momento se afirmaba que las dos entidades se mantuviesen como deudores solidarios frente al acreedor. Para la eficacia de esta asunción, que tiene la naturaleza de negocio trilateral, se hacía preciso el consentimiento del acreedor. Sin embargo, aún admitiendo que la reclamación judicial entablada pudiese implicar tal aceptación, ésta, de acuerdo con los términos de la demanda, tenía por objeto una asunción cumulativa de negocio distinto de la liberatoria realmente celebrada por la deudora primitiva y la entidad demandada, por lo que esta última carecía del específico consentimiento del acreedor, requisito de eficacia constitutiva, cuya omisión dejaba reducido el convenio aludido a un pacto liberatorio interno de alcance únicamente interpartes. En consecuencia, fue rechazado el recurso y, entrando en el fondo del asunto, la Audiencia desestimó la demanda de Cepsa, con imposición a la misma de las costas de ambas instancias.

El recurso de casación se desarrolla por Cepsa a través de dos motivos.

En el primero de ellos, con fundamento en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 1.281, párrafo primero, y el artículo 1.205, *in fine*, todos ellos del Código Civil.

Se aduce que en el documento privado otorgado por Pesquerías Área y Hermanos Gandón no se establece que la primera de dichas entidades quedase liberada de su deuda de presente y desde el otorgamiento del mismo, pues Hermanos Gandón se limitaba a asumir un compromiso de futuro.

Por otra parte, se niega que el negocio contenido en el documento privado sea la ejecución del pago del precio de la compraventa del buque formalizada en el documento público de la misma fecha, pues no se ha probado que la compradora retuviera una parte de dicho precio coincidente con la deuda a satisfacer a la recurrente.

Se concluye, en definitiva, que Cepsa se ha adherido al convenio establecido en el documento privado suscrito por Pesquerías Área y Hermanos Gan-

don, lo que significa el cierre de la relación trilateral propia del contrato de asunción de deuda.

Ha de tenerse en cuenta que la autenticidad del documento que a través de simple fotocopia se aporta con la demanda debe considerarse fuera de toda duda. Lo ha reconocido el representante de «Pesquerías Área» al contestar al requerimiento notarial que le fue formulado por «Cepsa» y, por otra parte, la forma evasiva en que el representante de la demandada da respuesta a la cuarta de las posiciones que le fueron articuladas para su confesión judicial, manifestando que firmó un documento sin leerlo, refiriéndose al anteriormente mencionado, así como añadiendo que le parecía que la firma era suya, pero que no estaba seguro, aconseja hacer uso de la facultad que al juzgador confiere el artículo 586 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y tener a aquél por confeso tanto en lo relativo al contenido del documento, como respecto a la autenticidad de su firma, que resulta ser prácticamente idéntica, por cierto, a la estampada por don Manuel Gandón Menderiña al pie del acta de confesión.

A partir de tal planteamiento, nos encontramos con un compromiso claro de la entidad demandada a la liberación a la primitiva deudora en cuanto a la obligación que ésta mantenía con Cepsa. Hay, así, una evidente e incuestionable asunción de deuda, a la que si bien la acreedora no ha prestado su consentimiento desde el principio, coincidiendo con el otorgamiento del documento privado de 3 de marzo de 1994, evidentemente lo ha hecho en momento posterior y concretamente al formular la demanda de que el presente recurso trae causa, tras la imposibilidad de conseguir que la primitiva deudora hiciese frente a la obligación contraída (sentencias de 11 de enero de 1949 y 16 de noviembre de 1981).

Sentado lo anterior, la discusión sobre el carácter cumulativo o liberatorio de la referida asunción de deuda podría tener relevancia en las relaciones entre el primitivo deudor y el actual, pero no puede afectar en modo alguno a la reclamación que el acreedor formula al nuevo deudor, tras el fracaso práctico de la acción judicial entablada contra el originario.

Procede, por ello, acoger el motivo del recurso objeto de estudio y con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, entrar en el fondo del asunto y estimar totalmente la demanda.

INTERVENTORES DEL EXPEDIENTE DE SUSPENSIÓN DE PAGOS QUE INCLUYEN SUS HONORARIOS PACTADOS CON EL SUSPENSO EN LA LISTA DEFINITIVA DE ACREEDORES DE LA SUSPENSIÓN CON DERECHO DE ABSTENCIÓN: INEFICACIA POR ILEGAL DE SU RECLAMACIÓN
(SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 2001.)

Los demandantes piden que se condene al pago de una determinada cantidad como honorarios por su labor como interventores en el expediente de la suspensión de pagos de la sociedad demandada.

El Juzgado de 1.^a Instancia desestimó la demanda, siendo su sentencia confirmada en grado de apelación por la Audiencia, contra la que los actores interponen el recurso de casación.

La respuesta casacional a este motivo exige unas puntualizaciones previas sobre la naturaleza jurídica del cargo de interventor en la suspensión de pagos y su remuneración.

La función de los interventores es la auxiliar de la que la Ley atribuye al Juez en la suspensión de pagos (sentencias de 8 de noviembre de 1941 y 4 de diciembre de 1992), y en su nombramiento se hace por aquél, que también fijará su retribución (arts. 4.º y 7.º de la Ley de Suspensión de Pagos de 16 de julio de 1922). Es claro por ello que ninguna relación jurídica pueden tener, por razón de ese mismo cargo, con el deudor suspenso, ni en consecuencia exigirle contraprestación por su desempeño.

En este litigio aparece incumplida flagrantemente la regla legal sobre retribución de los interventores. La correspondencia de éstos con la sociedad suspena (folios 24 a 27 de autos) revela que hubo acuerdo para el pago de honorarios que exigían según sus tarifas profesionales e incluso abono de cantidades a cuenta.

También aparece que los actores, al confeccionar la lista definitiva de acreedores de la suspensión, se incluyen entre los privilegiados con derecho de abstención, e intervienen, no como acreedores sino como interventores, en la Junta convocada para deliberar y aprobar el convenio. Es decir, trastocan la naturaleza de esa lista, pues en ella figuran ellos, que no son acreedores del suspenso con anterioridad a la suspensión, que es a lo que se refiere la susodicha lista, sino acreedores posteriores. Por otra parte, prescinden ilegalmente de su consideración de acreedores de la masa de la suspensión para pasar a ser del suspenso.

Así las cosas, el que la remuneración convenida con la entidad suspena por la intervención aparezca en la lista definitiva de acreedores como créditos privilegiados con derecho de abstención, no puede borrar que ni son legalmente acreedores del suspenso, ni que pretenden cobrar, no con fundamento en el artículo 7 LSP, sino por un convenio privado.

CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRA. RETRASO EN SU CUMPLIMIENTO QUE DETERMINA LA APLICACIÓN DE PENALIZACIONES. FACULTAD MODERADORA DE LOS TRIBUNALES. (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 2001.)

El 8 de noviembre de 1989, la Mutualidad de Previsión Social de RTVE celebró contrato con una sociedad ajena al presente litigio, a la que encargó la construcción de un edificio de cinco plantas, de las cuales la planta sótano se destinaba a aparcamiento de vehículos y la baja a local comercial, en tanto que las restantes se distribuían en 18 apartamentos, siendo su coste total el de 74.670.090 pesetas.

Cuando la empresa constructora había realizado la cimentación, el muro del sótano y el forjado de éste, las partes llegaron al acuerdo de rescindir el contrato, ante la imposibilidad de aquélla de dar cumplimiento a lo convenido, por lo que la recurrente celebró nuevo contrato, con fecha 2 de junio de 1990, con «Martínez y Leyvar, S. L.» quien se hizo cargo de la ejecución del resto de la obra, aceptando el precio y demás condiciones del contrato inicial, si bien el plazo de entrega, que había sido fijado para el 30 del mismo mes, se prorrogó hasta el 30 de octubre de 1990.

La finalización de la construcción no se produjo hasta el 31 de julio de 1991, y como la Mutualidad no abonase a «Martínez y Leyvar, S. L.» lo que ésta entendía le adeudaba, la Constructora interpuso demanda reclamando el pago de 3.887.684 pesetas por la realización de los trabajos a que se refería

la certificación de obra decimotercera, no satisfecha por la promotora, y de 3.576.080 pesetas por encargos ejecutados fuera de presupuesto.

La demandada mostró su oposición a tal pretensión y dedujo reconvencción a su vez interesando la condena de la actora al pago de 19.152.855 pesetas en aplicación de las penalizaciones que por retraso en la entrega de la obra habían sido convenidas por las partes.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando a la Mutuality de Previsión Social de RTVE a abonar a la actora 4.490.620 pesetas y acogió totalmente la reconvencción.

Recurrida la sentencia por «Martínez y Leyvar, S. L.» y adherida la Mutuality al recurso de apelación, la Audiencia Provincial revocó aquella resolución, estimando totalmente la demanda con imposición a la demandada de las costas de primera instancia, y desestimando la reconvencción de la que absolvió a la constructora.

El Tribunal Supremo reforma esa sentencia en cuanto estima la reconvencción deducida por la Mutuality, aunque moderándola, de acuerdo con la siguiente fundamentación:

Se impugna la desestimación de la reconvencción en su momento formulada, argumentando que la cláusula de penalización por retraso, que figuraba en el contrato inicial, había sido asumida por la entidad demandante, que el establecimiento de la misma relevaba de la precisión de acreditar los daños y perjuicios realmente sufridos como consecuencia de dicho retraso y que no era preciso la intimación al deudor para que éste se constituyese en mora, cuando en el contrato se había fijado expresamente un plazo para la ejecución de lo convenido.

Es de notar que, como resalta la recurrente, en la sentencia impugnada se reconoce un retraso de nueve meses en la finalización de la construcción, si bien, a continuación, se afirma que el mismo no puede suponer una sanción tan grave como la que, según el contrato, correspondía, teniendo en cuenta tanto que la actora se había subrogado en la posición de otra empresa que iniciara los trabajos, como la existencia de aumento de obra que según el contrato posibilitaba la ampliación del plazo contemplado en el mismo. Además, la Audiencia resaltaba la falta de una voluntad rebelde al cumplimiento, así como de alguna prueba de perjuicios sufridos o de la práctica de requerimientos por parte de la recurrente para intimar a la actora al cumplimiento del plazo fijado.

Del análisis de la totalidad de los datos obrantes en autos, en cuanto al tema objeto de la reconvencción, se desprende la relevancia de los siguientes particulares: *a)* El plazo previsto para la total ejecución de la obra en el contrato inicial era de algo menos de ocho meses, *b)* Al subrogarse la entidad actora en la posición de la primera empresa, por la misma solamente se había llegado a la cota cero, habiendo realizado únicamente la cimentación, el muro del sótano y el forjado de éste, *c)* Para el acabado de los trabajos de la planta sótano y para la ejecución de la totalidad de los relativos a las otras cuatro plantas se fijó un plazo de cinco meses, que, en atención al previsto para la total realización de la obra, ha de considerarse ciertamente reducido, *d)* Sin embargo, la actora invirtió catorce meses en su actuación, lo que supone casi triplicar el insuficiente término que había aceptado, *e)* Efectivamente, no constan requerimientos de la propietaria de la obra para la rápida finalización de la misma, *f)* De todos modos, la cantidad reclamada por aumentos de obra

solamente supone el 5 por 100 del importe total de la misma, lo cual permite presumir que la trascendencia de los trabajos realizados, fuera de presupuestos, no era de especial consideración.

En atención a cuanto queda expuesto, esta Sala, haciendo uso de la facultad moderadora que según el artículo 1.154 del Código Civil es procedente en caso de un irregular cumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor, considera adecuado reducir la penalización solicitada en la reconvención a 3.000.000 de pesetas, lo que implica el parcial acogimiento del presente motivo y de la aludida reconvención.

CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EN EXCLUSIVA. RESOLUCIÓN UNILATERAL ANTES DEL CUMPLIMIENTO DEL PLAZO. FALTA DE PRUEBA DE LA DESLEALTAD DEL DISTRIBUIDOR. DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DE LA RESOLUCIÓN QUE NO IMPLICA LA SUPERVIVENCIA DEL CONTRATO. CUANDO AMBAS PARTES MUESTRAN QUIESCENCIA EN SU EXTINCIÓN Y EL CUMPLIDOR SOLICITA TANTO LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS EMERGENTES, COMO POR LAS GANANCIAS DEJADAS DE OBTENER, EN ATENCIÓN, ESTAS ÚLTIMAS, AL TIEMPO QUE QUEDABA DE VIGENCIA AL CONTRATO DE ACUERDO CON LO PACTADO POR LAS PARTES. LA CUANTIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN ES TAREA DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA. (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 2001.)

La entidad demandante GESBIL, S. A., recurre la sentencia de la Audiencia que revocó en parte la sentencia del Juzgado, declarando resuelto el contrato de agencia de fecha 13 de marzo de 1992, que determinaba, en cuanto a la indemnización a favor de la entidad actora, que habían de fijarse en ejecución de sentencias de acuerdo con las bases que se fijaban en el fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida, en atención a que en la demanda se habían solicitado: a) 22.570.382 pesetas en concepto de indemnización por lucro cesante, habida cuenta el período que aún le quedaba de vigencia y la clientela; b) 4.680.889 pesetas en concepto de daños y perjuicios por la rescisión unilateral, sin que se haya acreditado la deslealtad invocada por la parte que unilateralmente denunció el contrato, y sin haberse cumplido el plazo de vigencia contractualmente fijado por las partes.

Se desestima el recurso de casación interpuesto por GESBIL, S. A., demandante, porque los extremos aducidos como fundamento del recurso pueden tener trascendencia en el momento de señalar la cuantía de la indemnización que, por otra parte, no tienen traducción diferente que la que se pueda atribuir al dato objetivo del plazo de vigencia del contrato para fijar la indemnización por lucro cesante, extremo este que ha sido convenientemente contemplado en la sentencia recurrida. Por otra parte hay que decir, que si bien es cierto que la parte actora no solicitó dar por resuelto el contrato, sino solamente que no se había producido conforme a derecho, en cuanto que la causa de resolución alegada, la infidelidad del agente no se había acreditado, sin embargo la sentencia recurrida entiende que, dada la situación creada por la denuncia unilateral del contrato, hay entre las partes una aquiescencia a mantener la resolución en atención a la voluntad inequívocamente demostrada de la demandada y al hecho de que la actora pide, además de los daños emergentes causados por la resolución, los beneficios dejados de obtener a consecuencia de esa cesación anticipada del contrato que unía a las partes,

que han de calcularse de acuerdo al tiempo que queda de vigencia del contrato y la clientela ganada por la entidad comisionista, lo que implica un reconocimiento de hecho de la conclusión del contrato, a lo que se puede añadir que difícilmente pueden continuar unas relaciones comerciales basadas en las condiciones personales de los contratantes *in tuite personae*, después de la denuncia del contrato por infidelidad, seguido de un contencioso entre las partes, además de que no fue pedido en la demanda por la parte hoy recurrente el mantenimiento del contrato, sino solamente que se declarase que la resolución unilateral del contrato, llamado de agencia, había sido realizada unilateralmente por el comitente y la consiguiente indemnización de daños y perjuicios, incluyendo en mayor medida los atribuidos al lucro cesante por la conclusión de las relaciones comerciales antes del plazo señalado en el contrato, opción que tiene cabida en el artículo 1.124 del Código Civil.

TERCERÍA DE DOMINIO. SIMULACIÓN ABSOLUTA DE LA COMPRAVENTA QUE INVOCA COMO TÍTULO LA ENTIDAD PROMOVENTE. (SENTENCIA DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

El presente recurso de casación trae causa de la tercería de dominio interpuesta por «La Alcohola de la Rioja, S. A.», respecto a la vivienda 1.º C de la casa número 7 de la calle Lardero de Logroño, que había sido embargada el 21 de junio de 1993 en procedimiento de apremio seguido contra doña María Teresa Lázaro García por la Consejería de Hacienda y Economía del Gobierno de La Rioja.

El título en que basa su pretensión la mercantil demandante es una escritura pública de compraventa del referido inmueble que dicha ejecutada había otorgado a su favor el 5 de marzo de 1993.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, condenando a la actora al pago de las costas. Apelada su sentencia, la Audiencia Provincial rechazó el recurso de la tercerista, a la que impuso las costas de la alzada.

Se confirman las sentencias de instancia desestimando el recurso de casación.

Era, por tanto, tema fundamental de la controversia el de la validez o nulidad de dicha compraventa y a su clarificación, completando otras pruebas aportadas por las partes, ha tendido exclusivamente la de carácter documental acordada para mejor proveer, que versaba acerca de la identificación de las personas físicas o jurídicas que con posterioridad al otorgamiento de la escritura habían realizado amortizaciones del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda, así como de la que habría recibido el importe del cheque bancario que decía haber entregado Alcohola de La Rioja para el pago del resto del precio.

No ha habido, en consecuencia, introducción de cuestión nueva alguna, ni tampoco se ha privado a la recurrente de intervención en la práctica de las pruebas acordadas para mejor proveer, pues la naturaleza de las mismas imposibilitaba que a la tercerista se le reconociera otra posibilidad de actuación respecto a ellas que la de conferirle traslado a fin de que pudiera realizar las alegaciones que tuviera por conveniente acerca del alcance e importancia de las pruebas en cuestión, como efectivamente se hizo.

VIGILANCIA PRIVADA. CONTRATO.—RESOLUCIÓN UNILATERAL DE CONTRATO. RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

La mercantil Port de Mataró, S. A. —demandada en el pleito—, aporta infringido el artículo 1.124 del Código Civil (motivo primero), para impugnar la decisión de la sentencia en recurso que declaró resuelto el contrato de vigilancia privada suscrito con la actora —entidad Seguridad Élite, S. L.—, en fecha 3 de julio de 1991, debidamente perfeccionado, y por el cual ésta se comprometió a suministrar a la recurrente servicios profesionales de vigilancia y protección en sus instalaciones con duración establecida hasta el 7 de julio de 1992, especificándose el número de vigilantes jurados y horarios de prestación de los servicios, habiendo variado, en la ejecución de la relación, tanto el número de vigilantes como el horario convenido y el precio a razón de 1.400 pesetas hora y empleado.

La resolución decretada tiene su apoyo en la conducta contractual de la recurrente, que se presenta arbitraria, ya que a medio de comunicación por tele-fax participó a la demandante que a partir del 1 de febrero de 1992, «queda rescindido el servicio por nosotros contratado». Los hechos probados y que acceden fijados a casación acreditan que no se da causa justificada para la resolución unilateral practicada y por lo tanto no cabe atribuir incumplimiento decisivo alguno por parte de la demandante.

El argumento del motivo consiste en que se produjo aceptación tácita de la resolución impuesta, toda vez que Seguridad Élite, S. L. mantuvo silencio prolongado y cesó en la prestación de los servicios.

Se confirman las sentencias de instancia en cuanto a las indemnizaciones por la ruptura no justificada del contrato.

De este modo, demostrada la concurrencia de lucro cesante, su cuantificación se presenta procedente, al tenerse por correctas las bases establecidas, pues la doctrina de esta Sala se muestra respetuosa en la cuestión de la fijación del *quantum* por los Tribunales si las bases resultan suficientes y adecuadas, con lo que no procede su revisión casacional (sentencias de 15-2-1994, 18-5-1994 y 23-11-1999), lo que aquí sucede, por lo que el motivo ha de ser rechazado, teniendo también en cuenta que en el ámbito del artículo 1.106 del Código Civil tienen cabida la reparación de los daños, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes jurídicos protegidos y su determinación, tanto en su existencia como en la cuantía en que se cifre ha de ser objeto de apreciación ponderada, en línea de probabilidad razonable, y en el curso formal de los acontecimientos (sentencia de 16-6-1993), habiendo quedado acreditada la realidad del hecho que sirve de base a la reclamación y el nexo causal determinante del daño como beneficio no percibido (sentencia de 2 de marzo de 2001).

Lo que se deja estudiado conduce al fracaso de la impugnación, pues en supuestos como el que nos ocupa no se precisa prueba contundente y precisa, y no se puede exigir al perjudicado demuestre con certeza absoluta que las ganancias se habían generado en caso de no realizarse el contrato. Procede la graduación del daño atendiendo a cada caso concreto, con criterio moderado, resultando determinante la concurrencia de una expectativa dotada de probabilidad cierta, cuando los beneficios eran consecuentes a la ejecución del contrato en el tiempo pactado y no hubo motivo para su resolución, es decir, que la recurrente no cumplió voluntariamente la relación que la ligaba con la

demandante y fue la causa del daño en las legítimas aspiraciones de ésta en cuanto a obtener ganancias (sentencias de 12-7-1991, 19-2-1992, 10-11-1992 y 22-10-1993).

PRESUMIDA LA LICITUD DE LA CAUSA EN LOS CONTRATOS EN QUE LA MISMA EXISTE, SU ILICITUD HA DE SER PROBADA Y AUN CUANDO TAL ESTIMACIÓN ES PROPIA DEL JUZGADOR DE INSTANCIA CABE SU REVISIÓN EN CASACIÓN CUANDO LA MISMA ES ILÓGICA O EQUIVOCADA. (SENTENCIA DE 7 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

Son hechos probados los siguientes: A) El 21 de octubre de 1982, la entidad NIOVI, S. A., como propietaria del local bajo de la casa número 20 de la calle Capitán Almeida de Oviedo, lo dio en arriendo a Banca Masaveu, S. A., para instalar una agencia bancaria urbana mediante la renta mensual de 75.000 pesetas, revisable anualmente en función del índice General de Precios al Consumo. B) La arrendataria, con el consentimiento de la arrendadora, cedió el anterior contrato, el 25 de febrero de 1985, al Banco Herrero, S. A. con efectos desde el 21 de octubre de 1982. C) Instalado el Banco Herrero, S. A. en aquel local desde ese año de 1985, por acuerdo con la arrendadora y a cambio de una reducción de renta, pagó por adelantado las rentas de abril de 1986 a marzo de 1987, de marzo de 1987 a marzo de 1988, de abril de 1988 a marzo de 1989, de abril de 1989 a marzo de 1990, de febrero a diciembre de 1991 y de mayo de 1992 a marzo de 1993. D) En 4 de enero de 1993, NIOVI, S. A. y Banco Herrero, S. A., acuerdan adelantar el pago de las mensualidades correspondientes a mayo de 1993 hasta abril de 1997, compensándolo mediante la suspensión de la cláusula de revisión de la renta hasta el año de 1998, entregándose en aquella fecha el importe de las rentas que ascendía a 7.382.256 pesetas, incluido IVA. E) NIOVI, S. A. paga a Banco Herrero, S. A. la deuda con él contraída por un contrato de crédito que ascendía a 2.419.207 pesetas, y quedó con el resto del importe de aquellas rentas adelantadas. F) Banco Atlántico, S. A. promovió en mayo de 1991 demanda de juicio ejecutivo en reclamación de 14.993.897 pesetas más intereses, gastos y costas contra, entre otros, NIOVI, S. A., y en tal procedimiento el 24 de julio de 1991 se embargó, entre otros bienes, el reseñado local objeto de arrendamiento, siendo el valor total de los inmuebles embargados el de 55.335.000 pesetas. Compareció en los autos de procedimiento ejecutivo Banco Herrero, S. A., como arrendatario de aquel local, y después de haberse suscrito el documento de 4 de enero de 1993, se efectuó la primera subasta y por Auto de 11 de marzo de 1993 se adjudicó al Banco Atlántico, S. A., con otros bienes, el mencionado local arrendado mientras que otros, valorados en 30.240.000 pesetas quedaron en la titularidad que tenían al ser embargados.

Pretendida en demanda la nulidad del convenio de 4 de enero de 1993 por causa ilícita, la sentencia de primera instancia desestima aquélla y recurrida la misma en apelación, la Audiencia dicta otra revocando la anterior para estimar la demanda y declarar nulo aquel contrato por haberse celebrado con causa ilícita y contra las exigencias de la buena fe, condenando a Banco Herrero, S. A. a satisfacer a la entidad demandante la totalidad de las rentas vencidas y que vayan venciendo respecto al local arrendaticio reseñado a partir del mes de noviembre de 1993 y en tanto siga vigente el contrato de

arrendamiento y, asimismo, a Banco Herrero, S. A. y NIOVI, S. A. solidariamente (sic) a estar y pasar por las anteriores declaraciones.

De esa última sentencia recurrente Banco Herrero, S. A. en casación, al amparo del artículo 1.692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por dos motivos:

El primer motivo del recurso señala que en la sentencia recurrida se han infringido los artículos 1.281, 1.282 y 1.275 del Código Civil. Recoge la sentencia recurrida, en su Fundamento Jurídico primero, que la demanda ha centrado la causa ilícita del contrato en litigio en la finalidad de defraudar a la actora al minorar, en idéntico importe al de las rentas adelantadas, el valor de la adjudicación que le fue efectuada del local arrendado, y así lo acoge aquella resolución para declarar la nulidad de dicho contrato.

Esa interpretación, que al resolver en la instancia se hace, constituye ejercicio de facultad propia del juzgador en la misma sin que pueda ser revisada en casación, salvo que en ella se llegue a conclusiones ilógicas o equivocadas —sentencias de 20 y 26 de octubre de 1998— y, dados los términos del recurso, ha de hacerse esa comprobación en orden a percibir anticipadas unas rentas que ya no le correspondía percibir desde la fecha en que el local que las generaba pasó a otras manos, las de la aquí demandante, se ha enriquecido injustamente de lo que nunca, como propietaria arrendadora, podía percibir desde el mismo momento en que perdió esa cualidad, y si bien esto no puede determinar la ilicitud de la causa del contrato en litigio para generar su nulidad —ni por tal motivo se la demanda— tampoco habrá de generar aquietamiento obligado si quien ha pasado a ser propietario pretende recuperar esas rentas que aquí se reclaman por vía de nulidad de contrato cuando habrían de serlo por acción que corresponda a aquel enriquecimiento.

El primer motivo de recurso ha de ser estimado por cuanto la licitud de causa en el contrato litigioso no se desvirtúa frente a la presunción establecida en el artículo 1.277 del Código Civil, como señala la sentencia de primera instancia, y en su consecuencia procede casar y anular la sentencia recurrida y mantener la anteriormente dicha.

ACCIONES DEL ARTICULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL. RESPONSABILIDAD DEL PROMOTOR-VENDEDOR DE PISOS, AUNQUE LA CONSTRUCCIÓN LA HAYA LLEVADO A CABO CONTRATISTA Y TÉCNICOS. (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

La sentencia reitera la doctrina de esta Sala que equipara con carácter general la figura del contratista con la del promotor a los efectos de incluirlo en la responsabilidad del artículo 1.591 del Código Civil (sentencias de 8 de octubre de 1990, 8 de junio de 1992, 20 de junio de 1995 y 3 de mayo de 1996), y esta doctrina aparece aplicada en la sentencia que se recurre. No puede la recurrente pretender lo contrario cuando ella es la que ha encargado la obra al constructor para realizar el proyecto confeccionado por el arquitecto-director de obra, también demandados. Son los que, elegidos por la promotora recurrente, realizan para ella el edificio que destinaba a la venta por pisos como desarrollo de su actividad mercantil. Empleando los términos de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, no vigente en la fecha de los hechos, es la recurrente quien, como promotora, «decide,

impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a terceros bajo cualquier título» (art. 9.1). El que la recurrente como promotora no haya sido constructora, no le priva de la legitimación pasiva en el ejercicio de la acción de responsabilidad decenal del artículo 1.591 del Código Civil (sentencias de 21 de febrero de 2000 y las que cita).

INTERPRETACIÓN CONTRACTUAL. ACTOS COETÁNEOS Y POSTERIORES. CLAUSULAS OSCURAS. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. ALEGACIÓN EN CASACIÓN. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

Cuando la sentencia *a quo* afirma en el primer fundamento de derecho que, «pretende la actora, ahora apelante, que se condene a la demandada a entregar a la demandante, en virtud del contrato privado suscrito entre las partes, unos terrenos que lindan con la calle Miami de Reus, antes Camino Pedra Estela», no está sino transcribiendo los términos en que se formula la primera y principal petición del suplico de la actora, por lo que mal puede ésta sostener, como hace en el recurso, que ello no puede tenerse en cuenta para determinar el *petitum* de su demanda; parece ignorar el recurrente que por el contrato suscrito, la demandada se obligaba a entregar unos determinados terrenos y que, en el caso de que los mismos no fuesen de su propiedad sino de un tercero, nada impedía que la demandada pudiese cumplir *in natura* su obligación de entrega mediante la adquisición de aquello que se obligó a entregar; sólo en caso de no poder hacerlo, entrarían en juego las responsabilidades derivadas del incumplimiento; así parece que lo entendió la actora al formular el suplico de su demanda.

No se ha omitido pronunciamiento alguno en relación con los pedimentos que se formulan para el caso de imposibilidad de la entrega, ya que desestimado el pedimento principal por no estar comprendidos los terrenos demandados en el contrato suscrito, aquellas peticiones carecen del sustrato en que se apoyan.

Asimismo procede desestimar el motivo cuarto en que se denuncia infracción del artículo 1.282 del Código Civil; en primer lugar ha de señalarse que una prueba testifical no puede entenderse constituya un hecho posterior o coetáneo que pueda servir como medio de interpretación contractual; en segundo lugar, que al amparo de las normas reguladoras de la hermenéutica contractual no puede procederse a una revisión de la valoración de la prueba testifical, ni de ninguna otra, como se pretende a lo largo del motivo. Finalmente, los actos de la promotora, posteriores a la celebración del contrato privado, tenidos en cuenta por la Sala de instancia en su labor interpretativa del contrato, como son el otorgamiento de escritura pública en que las fincas cedidas en el primitivo contrato figuran en el documento notarial con la misma extensión y linderos que en el privado y la solicitud de licencia de obras, abonan la corrección de los resultados a que llega el Tribunal de apelación en su labor hermenéutica que, en modo alguno, pueden ser calificados de ilógicos o contrarios a las normas rectoras de esa función judicial.

En el motivo quinto se alega infracción del artículo 1.288 del Código Civil. Dice la sentencia de esta Sala, de 27 de septiembre de 1996, que «el artículo 1.288 del Código Civil no entra en juego cuando una cláusula contractual ha de ser interpretada, sino cuando una vez utilizados los criterios legales y,

por supuesto y primordialmente las reglas de la lógica, no es unívoco el resultado obtenido sino que origina varios en análogo grado de credibilidad». En el presente caso, la utilización de los criterios interpretativos legales usados por el Tribunal *a quo* han conducido a la fijación indubitada del objeto contractual, sin que se dé situación de equivocidad que obligue a acudir a la norma del artículo 1.288 del Código Civil; en consecuencia, se desestima el motivo.

En el motivo sexto se alega infracción del principio de apreciación conjunta de la prueba, según el cual el juzgador no debe discriminar medio probatorio alguno, sino antes al contrario, debe apreciar en su totalidad la prueba practicada. Dice la sentencia de 12 de junio de 1980, que «es doctrina constante de esta Sala que para fundamentar un motivo de casación en la infracción de un principio general del derecho ha de estar reconocido como tales en la ley o en la jurisprudencia, que debe ser citada expresamente como ineludible exigencia para que pueda ser tenido en cuenta», y en el mismo sentido, la sentencia de 1 de diciembre de 1989 afirma que, «según doctrina de esta Sala que se enuncia en sentencia de 10 de diciembre de 1894, para que la infracción de los principios generales del Derecho puedan dar lugar a un recurso de casación preciso se hace la cita de la Ley o sentencias que lo establecen»; cita de que adolece el motivo y que es bastante para su desestimación.

Además, como dice la citada sentencia de 1989, ante un motivo de idéntico contenido al que ahora se examina, «como en principio cabe declarar que Jueces y Tribunales pueden hacer valoraciones o apreciaciones probatorias bien en razón al conjunto de las pruebas prácticas o bien de cada uno de los medios establecidos en la Ley Procesal, dando en su caso el valor que a cada una corresponde, pudiendo de contradecirlo acudirse en casación por el cauce del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sin que los Tribunales de segunda instancia queden obligados por el resultado a que llegue el de primera, tanto sea por apreciación conjunta o por separado, sin que dicho resultado haya de calificarse de arbitrario, ilógico o injusto, para poder ser revisado, y como por tanto no se ha infringido por la Sala precepto alguno, ni principio que pueda considerarse como tal principio de Derecho, el motivo ha de ser desestimado».

COMPRAVENTA. PAGO DEL IVA POR EL COMPRADOR SEGÚN LO PACTADO. (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

La cuestión litigiosa se contrae a la obligación de pago de los demandados del impuesto de plusvalía generado por la aceptación y adjudicación de la herencia causada por una tía de los demandados en la cuantía que excede de aquélla a cuyo pago se comprometió la hoy actora-recurrida al adquirir las fincas a que se refería el mencionado impuesto.

Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la interpretación de los contratos constituye facultad privativa de los Tribunales de instancia y que tan sólo puede ser cuestionada en casación en supuestos de interpretación ilógica o conculcadora de preceptos legales. En el caso, la interpretación que lleva a cabo la Sala de instancia no conculca el precepto que se invoca ya que son precisamente los términos literales del contrato de 7 de mayo de 1987 y la carta de 11 de julio de 1988 los que conducen a la interpretación que hace

la Audiencia. En el citado contrato se limita, de forma clara y contundente, la obligación asumida por el señor Menéndez del Fueyo respecto al pago del impuesto de plusvalía a la cantidad de once millones de pesetas, sin que de la carta de 11 de julio de 1988 resulte cosa distinta, puesto que la concertación de un nuevo aval por importe de 17.536.631 pesetas en sustitución del primitivo de 11.000.000 de pesetas, obedece, exclusivamente, a garantizar la deuda tributaria girada por el Ayuntamiento de Oviedo a fin de interponer el recurso contencioso-administrativo, sin que del tenor literal de esa carta pueda deducirse que el señor Menéndez del Fueyo asumía el pago del repetido impuesto por cantidad mayor de la inicialmente pactada.

ACCIÓN RESCISORIA EJERCITADA POR LA DIPUTACIÓN FORAL DE GUIPÚZCOA. DONACIÓN DE ESPOSOS (DEUDORES FISCALES) A SUS HIJOS. INCREMENTO DEL PATRIMONIO NO DECLARADO EN EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS. PREEXISTENCIA DEL CRÉDITO TRIBUTARIO. (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

El Juzgado de Primera Instancia número cinco de San Sebastián tramitó el juicio declarativo de menor cuantía número 290/1995, que promovió la demanda de la Diputación Foral de Guipúzcoa, en la que, tras exponer hechos y fundamentos de derecho, suplicó: *«Se dicte sentencia por la que declare la rescisión del contrato de donación celebrado con fecha 4 de abril de 1991, por haberse realizado en fraude de acreedores, determinando la cancelación de las inscripciones de las donaciones en el Registro de la Propiedad de San Sebastián, para que de este modo se restituyan los inmuebles al patrimonio de los transmitentes y puedan ser objeto de agresión por parte de la Hacienda Foral de Guipúzcoa como legítima acreedora con los demás pronunciamientos a que en derecho hubiere lugar y con expresa imposición de costas a la parte demandada»*.

Desestimada la demanda ante el Juzgado, se revocó la sentencia por la Audiencia Provincial de San Sebastián y contra ésta se recurre en casación, pero el Tribunal Supremo la mantiene.

Los hechos probados ponen de manifiesto que el matrimonio demandado omitió —no se acreditó hubiera concurrido alguna circunstancia impeditiva de su voluntad— el incremento de su patrimonio en la declaración de renta del año 1987, a lo que estaban obligados, y tampoco satisficieron la cuota tributaria correspondiente en el período legal para ello conforme a la normativa fiscal particular de Guipúzcoa. De este modo se constituyeron desde un principio y de manera decidida en deudores fiscales y provocaron con su conducta que se levantara las actas de inspección referidas y se procediera por la vía de apremio que tuvo resultado negativo, por lo que la Diputación no pudo cobrar su crédito.

Si bien la doctrina de esta Sala ha establecido que la acción rescisoria se apoya en la existencia de un crédito anterior al acto fraudulento dispositivo (sentencias de 18-7-1991, 27-11-1991, 15-9 y 31-12-1997 y 31-5-1999), actuando la rescisión con efectos de ineficacia sobrevenida, tal declaración de principios ha de matizarse debidamente, por lo que la jurisprudencia ha declarado que la preexistencia del crédito opera en tesis general (sentencia de 14-6-1958), siendo preciso que cada caso se estudie en concreto y con las peculiaridades que presenta, especialmente en aquellos supuestos en los que la inten-

ción defraudatoria viene determinada por la próxima y segura existencia posterior del crédito (sentencias de 18-5-1988, 11-11-1993 y 28-6-1994).

Aplicada esta doctrina al caso de autos y aceptándose la decisión del Tribunal de Instancia en cuanto a que los esposos recurrentes se constituyeron voluntariamente en deudores tributarios, al derivar el crédito de la Diputación de la omisión que establecieron en tiempo anterior a efectuar la donación de bienes a sus hijos, las actas levantadas sólo actúan a efectos de cuantificar el importe del débito, pero no creando la obligación que ya se había instaurado y resultaba determinada, aunque no concretada en cantidad y fue precisamente el mismo día (4 de abril de 1991), que corresponde al inicio de las actuaciones inspectoras (aunque la notificación tuvo lugar el día 30 siguiente) cuando se lleva a cabo la donación controvertida.

El fraude se aprecia y puede existir, tanto cuando se da intención decidida de causar un perjuicio a los acreedores, como por la simple conciencia de causarlo (sentencias de 12-7-1990 y 27-11-1991), lo que es aplicable al caso que nos ocupa, correspondiendo a la jurisdicción civil sólo decidir tal cuestión, sobre todo cuando los recurrentes no demuestran que hubieran impugnado ante los órganos competentes, mediante los recursos autorizados, la ilegalidad de la referida deuda tributaria y, al contrario, la asumieron al firmar las actas de liquidación practicadas y consentir adquirieran firmeza.

NEGOCIO JURÍDICO FIDUCIARIO: FALTA DE PRUEBA. SENTENCIA: MOTIVACIÓN QUE PERMITE CONOCER LA RAZÓN CAUSAL DEL FALLO. (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2001.)

El presente recurso de casación dimana de un juicio de menor cuantía sobre reclamación de un vehículo dedicado al servicio público de taxi y la licencia para explotarlo formulada por la viuda del titular, por sí y, en representación de su hijo menor de edad, contra sus suegros, quienes se opusieron a la demanda y además reconvinieron para que se declarase que tanto el vehículo como la licencia eran de su exclusiva propiedad.

La sentencia de primera instancia no llegó a entrar en el fondo del asunto, al estimar la excepción de falta de personalidad del procurador de la actora-reconvenida por insuficiencia del poder. La de apelación, en cambio, desestimó dicha excepción y, entrando a conocer del fondo, estimó la demanda y desestimó la reconvención, acordando en consecuencia que el vehículo y la licencia, como bienes dejados por el difunto marido de la actora, fueran entregados a sus legítimos herederos, es decir, la propia demandante por su cuota legal usufructuaria y su hijo menor de edad.

Contra esta última sentencia recurrió en casación el demandado-reconviniente, siendo desestimado el recurso.

Los motivos segundo y tercero, formulados al amparo del ordinal 4.º del artículo 1.692 LEC, pueden estudiarse conjuntamente, ya que fundado aquél en infracción del artículo 609 del Código Civil y alegándose en éste la infracción de los artículos 609 y 348.2 del Código Civil, ambos combaten la sentencia recurrida por haber atribuido a un título puramente administrativo (la licencia) el carácter de título de dominio, dominio que correspondería al recurrente por haber sido su aportación económica el elemento decisivo para la adquisición del vehículo y de la licencia.

Sin embargo, también estos dos motivos han de ser desestimados, porque plantear la cuestión litigiosa desde la perspectiva del título y el modo es en este caso estéril, ya que si a la parte actora-reconvenida se le negara su derecho por no haber llegado su causante a tener la posesión efectiva del vehículo y la licenciaba la parte demandada-reconviniente, hoy recurrente, le faltaría el título de adquisición.

La realidad es que la decisiva contribución económica del recurrente para la adquisición del vehículo y la licencia a favor de su hijo no puede tener el efecto de atribuirle a aquél la propiedad con arreglo a los artículos que cita, sino la de una donación de dinero o una atribución patrimonial voluntaria a uno de sus hijos muy usual en la vida normal de una familia y que tiene su propio régimen para cuando se abra la sucesión de quien hizo tal atribución.

**RESPONSABILIDAD DECENAL EX ARTICULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL
CONDENA POR LA AUDIENCIA PROVINCIAL CON FUNDAMENTO EN EL
ARTICULO 1.101 DEL CÓDIGO CIVIL. RECURSO DE CASACIÓN POR
ARQUITECTOS QUE NO FUERON PARTE EN EL CONTRATO. CAMBIO
DE CAUSA PETENDI. CASACIÓN. NO SE ESTIMA CUANDO SE MANTIE-
NE EL FALLO. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE 2001.)**

Formulada la demanda por vicios ruinógenos, basada en el artículo 1.591 del Código Civil, la sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia número 6 de San Sebastián, la estimó y condenó a los codemandados arquitectos, señores Elizondo y Martín, recurrentes en casación, y a la entidad «Construcciones Suquia, S. A.» a que solidariamente procedieran a la reparación de los daños.

La sentencia de la Audiencia Provincial de la misma ciudad, confirmó la anterior, pero estimó que los defectos no integraban el concepto de ruina y, por ello, no era aplicable el artículo 1.591 del Código Civil al supuesto de autos, sino el 1.101 relativo a la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de la obligación.

Los arquitectos, considerándose ajenos al incumplimiento del contrato, interponen recurso de casación, alegando infracción de los artículos 1.101, 1.091, 1.108 y 1.544 en relación con el artículo 1.257.

En este motivo, ciertamente sustentan razón los arquitectos recurrentes en cuanto no pueden ser condenados a reparar el daño por incumplimiento del contrato de obra, porque en él no fueron parte contratante y aquél solamente alcanza al contratante, la empresa constructora. Por tanto, en principio, se ha infringido el principio de relatividad del contrato que proclama el artículo 1.257 del Código Civil, por lo que mal pueden aplicarse los artículos 1.101 y 1.108, relativos al incumplimiento, en este caso del contrato de obra que prevé el artículo 1.544 y que es *lex contractus*, según expresa el artículo 1.091, para las partes contratantes.

Sin embargo, el problema en el presente caso no es éste: la sentencia de la Audiencia Provincial ha cambiado la *causa petendi*; la acción ejercitada se ha fundado en la responsabilidad decenal que contempla el artículo 1.591 del Código Civil y respecto a este tema se ha seguido todo el proceso en la instancia. La alteración de la pretensión, por la sentencia de la Audiencia Provincial, es palmaria, por cuanto no estima aplicable aquella norma, cambia el fundamento de la pretensión y llega a la conclusión de incumplimiento con-

tractual, manteniendo la condena de los arquitectos, quienes no fueron parte en el contrato de obra.

Esta Sala, manteniendo el reiterado concepto jurisprudencial sobre el amplio sentido del concepto de ruina que contempla el artículo 1.591 del Código Civil (así, sentencias de 17 de diciembre de 1997, 4 de marzo de 1998, 8 de mayo de 1998, 19 de octubre de 1998, 15 de diciembre de 2000, 8 de febrero de 2001) estima aplicable este precepto y la responsabilidad decenal, tanto a la empresa constructora como a los arquitectos recurrentes, por lo que no cabe estimar el recurso de casación formulado por éstos.

En consecuencia, no se da lugar al recurso de casación porque la Sala, acogiendo la realidad de la infracción de los artículos 1.257 en relación con 1.101, 1.108, 1.091, 544 del Código Civil, debe asumir la instancia y entrar a conocer del fondo del asunto, como exige el artículo 1.715.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, al hacerlo así, estima aplicable el artículo 1.591 del Código Civil e impone la responsabilidad decenal a los arquitectos recurrentes. Por lo cual, no procede estimar el recurso de casación cuando se mantiene el fallo de la sentencia de instancia (así, sentencia de 29 de julio de 1999).

TERCERÍA DE DOMINIO. RESCISIÓN DE CONTRATO CELEBRADO EN FRAUDE DE ACREEDORES. VALIDEZ DE LOS ACTOS CONCLUIDOS CON ANTERIORIDAD A DICHA RESCISIÓN. NO PROCEDENCIA DE LA PETICIÓN DE ALZAMIENTO DE EMBARGO PRACTICADO Y ANOTADO EN EL MOMENTO EN QUE LA TITULACIÓN REGISTRAL DEL BIEN AFECTADO POR LA TRABA CORRESPONDÍA AL ADQUIRENTE SEGÚN EL CONTRATO POSTERIORMENTE RESCINDIDO. (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 2001.)

El presente recurso trae causa de la tercería de dominio promovida por doña Josefa Grande Díaz con objeto de conseguir el alzamiento del embargo practicado en juicio ejecutivo seguido a instancia de don Manuel Martín y otros contra «La Casa de las Galletas, S. A.» sobre el piso quinto del edificio sin número de la calle Virgen de la Antigua de la ciudad de Sevilla. Dicha traba había sido anotada en el Registro de la Propiedad, en el que, a la sazón, la finca se hallaba inscrita a nombre de la entidad ejecutada, si bien en el momento de formularse la pretensión de la tercerista era ésta la titular registral del piso citado, en virtud de sentencia dictada en causa penal.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, sin hacer expresa condena en costas.

Recurrida esta sentencia por la señora Grande, la Audiencia Provincial la confirmó, con imposición a la apelante de las costas de la alzada.

Sustancialmente se argumenta que según doctrina de esta Sala, el titular de una anotación preventiva de embargo no ostenta la categoría de tercero hipotecario al que se refiere el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues el alcance del embargo se limita a la concesión de preferencia al crédito de la persona que ha obtenido la traba sobre otros posteriores.

Se añade que al ser anulada la venta y por tanto la adquisición a favor de la entidad deudora de los ejecutados, debe quedar asimismo nula de pleno derecho la anotación del embargo acordado e inscrito en momento en que «La Casa de las Galletas» figuraba como titular registral de la finca objeto de la tercería.

Guarda evidente relación con este motivo, el segundo de los articulados por la recurrente, en el que denuncia la infracción de los artículos 1.290 y 1.291-3.º del Código Civil y doctrina sobre nulidad de los contratos y de los asientos registrales de ellos derivados.

Se afirma que la sentencia de la Sección de lo Penal de la Audiencia de Sevilla no contiene pronunciamiento alguno en relación con la rescisión del contrato de compraventa celebrado entre doña Josefa Grande y «La Casa de las Galletas», sino que se limita a ordenar se expida un mandamiento al Registro de la Propiedad a fin de que proceda a cancelar y dejar sin efecto la inscripción practicada como consecuencia de dicho contrato. Este mandato implica, según la recurrente, no una rescisión del contrato, sino su nulidad, con efectos *ex tunc*, es decir, desde el nacimiento del mismo, por lo cual ha de entenderse que éste no ha existido y que todos los actos producidos con posterioridad a su realización son nulos y no tienen virtualidad alguna.

Para valorar esta argumentación de la recurrente se hace preciso recordar el iter negocial al que la misma, su marido y su hijo han sometido a la finca objeto de tercera.

Como refieren las sentencias de instancia y se desprende de la documentación incorporada al proceso, el marido de la hoy recurrente, don Francisco Rodríguez Briz, tras haber obtenido junto con su esposa un préstamo del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Sevilla, del que era fiador don Guillermo Rodríguez Grande, hijo del matrimonio, procedió, utilizando un poder de la señora Grande, a vender el piso de autos a «La Casa de las Galletas, S. A.», entidad de la que era administrador único el mencionado don Guillermo quien, con anterioridad, había conferido poder a sus padres.

Al no ser devuelto el préstamo aludido y no encontrarse activos patrimoniales sobre los que ejecutar la sentencia recaída en el juicio ejecutivo instado por el Monte de Piedad se formuló querrela por esta entidad por delito de alzamiento de bienes. Aún cuando padres e hijo resultaron absueltos por el Juzgado de lo Penal que conoció de la causa, la Audiencia Provincial en sentencia de 6 de mayo de 1991, condenó a los primeros como autores de dicho delito y al segundo como cooperador necesario al cumplimiento de las penas correspondientes y al abono en concepto de responsabilidad civil de la cantidad que no había conseguido recuperar la entidad querellante. Se acordó, igualmente —como se ha anticipado— librar mandamiento al Registro de la Propiedad a fin de que dejase sin efecto la inscripción del inmueble 7.400 que con motivo de dicha compraventa se había practicado a favor de «La Casa de las Galletas».

Con anterioridad al pronunciamiento de esta resolución, el administrador único de «La Casa de las Galletas, S. A.» había formalizado a favor de don Manuel Martín, doña Catalina Valiente y don Eloy Jurado, escritura pública de constitución de hipoteca sobre el piso a que nos venimos refiriendo en garantía de títulos al portador que dicha entidad creaba, por un principal de 20.000.000 de pesetas más otros cuatro millones para intereses y costas.

Dicha escritura no llegó a tener acceso al Registro de la Propiedad, pero instados por los acreedores hipotecarios, juicios ejecutivos con base en la misma para el abono de las cantidades adeudadas, se decretaron los embargos y se obtuvieron las anotaciones preventivas de estas trabas, cuyo levantamiento y cancelación solicitaba la tercerista.

A través de los actos que quedan someramente relatados, la tercerista y sus familiares trataban de conseguir, en primer lugar, que el préstamo inicialmen-

te obtenido del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Sevilla no pudiese hacerse efectivo sobre el piso de su propiedad, a cuyo efecto realizaron el desplazamiento de este bien a un patrimonio que, aunque perteneciente a otro sujeto jurídico diferente, se hallaba en realidad absolutamente controlado por ellos en virtud del apoderamiento conferido a favor de sus progenitores por don Guillermo, administrador único de «La Casa de las Galletas». Pero, además, la incorporación del piso en cuestión al patrimonio de la sociedad citada iba a permitir ulteriores efectos beneficiosos para la comunidad familiar de intereses integrada por padres e hijo, como, por ejemplo, la obtención de fondos a través de la emisión por la entidad de obligaciones con garantía hipotecaria, resultando revelador el dato de que en la escritura de constitución de la hipoteca con base en la cual se practicó la anotación preventiva del embargo a que se refiere la tercería, interviniese don Guillermo Rodríguez en su calidad de administrador de «La Casa de las Galletas» y su padre, don Francisco Rodríguez, como comisario del Sindicato de Obligacionistas.

A la vista de todo ello, ha de entenderse correcta la calificación que realiza el Tribunal de instancia de la venta realizada por la señora Grande a la sociedad tantas veces mencionada como contrato no absolutamente simulado, sino simplemente rescindible, al tratarse de un acto querido por las partes intervinientes en el mismo, en procura de beneficios diversos, pero también en evidente fraude de acreedores, subsumible por ello en el artículo 1.291.3.º del Código Civil.

El negocio, por tanto, era inicialmente válido, si bien podría devenir ineficaz si, con posterioridad a su celebración, los acreedores a quienes se pretendía defraudar no podían de otro modo cobrar lo que se les debía. Esto es lo que ha sucedido en el caso que nos ocupa, en que la venta aludida fue base de nuevas operaciones crediticias en las que intervinieron personas que confiaban en la presunción de exactitud registral que establecen los artículos 38-1 y 1-3.º de la Ley Hipotecaria y de las que se beneficiaron la tercerista y familia.

CONSTRUCCIÓN. RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS A ARQUITECTO Y APAREJADOR POR CONSTRUCCIÓN DE MENOS PLAZAS DE GARAJE QUE LAS PROYECTADAS. CAUSAS SOBREVENIDAS. (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 2001.)

La mercantil demandante que recurre, ejercitó acción reparadora de daños y perjuicios en base a que el proyecto de obra que confeccionó la arquitecto demandada (doña Cecilia Egea Guardiola), no correspondió a lo realmente construido, pues las 159 plazas de aparcamiento previstas no se han podido materializar, ya que han pasado a ser 144 y, de exigirse estrictamente la reglamentación municipal, quedarían reducidas a 125, por lo que se ha producido una reducción de la superficie útil de las plantas sótanos que se presentó finalizada la construcción del edificio donde se ubican, lo que conforma la *causa petendi* decidida del pleito, así como la imposibilidad de legalizar los locales de garajes y proceder a su enajenación en relación a lo que se había proyectado de principio.

El único motivo del recurso denuncia, en apoyo de las indemnizaciones postuladas, a fijar en ejecución de sentencia, infracción de los artículos 1.101, 1.105, 1.544, 1.256, 1.258 y 1.243 del Código Civil.

En el caso que nos ocupa hubo una efectiva variación material del proyecto ideado, que es susceptible de producirse en los procesos constructivos, tanto por circunstancias impuestas, como pueden ser de orden urbanístico (sentencia de 1-6-1998), como sobrevenidas en atención a situaciones que aparecen en cada caso concreto, y es lo que aquí ha concurrido, ya que la variación del proyecto, con la consecuente reducción superficial de los sótanos, tuvo unas causas determinadas, conforme a lo declarado probado, y fue que al proceder a la excavación del solar se pudo comprobar que parte de las zapatas de sustentación del edificio colindante se encontraban en el perímetro superficial de la finca de la recurrente, la que invadían de este modo, y hubo por ello de recalzarse la cimentación vecina mediante la apertura de catas alternas y, asimismo, se encontró roca dura que impuso que el dimensionado de las zapatas fuera mayor, por lo que los muros delimitadores de los sótanos no se pudieron llevar hasta las líneas límites del solar en los lindes afectados.

Las obras de referencia fueron realizadas a la vista de la recurrente, mediante el control de sus empleados, habiendo prestado su consentimiento, y figuran reflejadas en el preceptivo Libro de Ordenes, es decir, que aceptó, sin resolver el contrato ni haber llevado a cabo protesta alguna, la disminución superficial de los sótanos por causa de los impedimentos que se dejan dichos y provocaron las soluciones constructivas adoptadas ante los imprevistos que se presentaron y ello con sus consecuencias futuras en cuanto a la disponibilidad de las plazas de garaje que efectivamente resultaron realizadas.

Determina, a su vez, el rechazo del motivo que, aunque el caso que nos ocupa no se trata de supuesto de aumento de obra, sino precisamente de disminución de la misma, con efectiva variación del proyecto y teniendo en cuenta que la sentencia declara que existió el consentimiento de la recurrente, asistida de conocimiento suficiente de los hechos, lo que hace aplicable la doctrina jurisprudencial consolidada y conocida que proclama que los supuestos de modificaciones sobrevenidas y aceptadas conformen acto propio que vincula al autorizante y le veda ir contra los mismos para postular las indemnizaciones que reclama en el pleito (sentencias de 23-3 y 19-6-1992, 10-6 y 11-10-1994, 3-10-1995 y 28-3 y 14-10-1996, entre otras).

No se trata, en el caso presente, pues no se planteó, de ruina constructiva que haría aplicable el artículo 1.591 y doctrina que lo interpreta, en cuanto vicios del suelo imputables al arquitecto. Se presenta como cuestión nueva y su alegación en casación rechaza rotundamente la jurisprudencia civil reiterada (sentencias de 13-14-1992, 7-6-1996, 9 y 23-10-2000 y muchas más).

FALTA DE DETERMINACIÓN EN OBJETO Y PRECIO. NO PERFECCIÓN DE LA COMPRAVENTA. LA ENTREGA DE UNA CANTIDAD DE DINERO POR LA PARTE QUE QUIERE COMPRAR A LA PERSONA QUE QUIERE VENDER NO SON ARRAS CONFIRMATORIAS. COMPATIBILIDAD DE ESA ENTREGA CON LA SITUACIÓN JURÍDICA DE TRATOS PRELIMINARES.
(SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 2001.)

Se recurre por la parte demandante, cuyas pretensiones habían sido inestimadas en las dos sentencias de instancia.

Se acusa infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al significado de la entrega de arras o señal, señalando que, conforme a la misma, si no consta el carácter de las arras como penitenciales, se han de considerar que son

confirmatorias y representan un simple anticipo a cuenta del precio. Esto es lo que sucede en el caso litigioso, en el que la parte recurrida recibió de la recurrente la cantidad de 3.500.000 pesetas como arras y a cuenta del precio por la compra de esta última de la mitad izquierda de la planta primera de la calle Garibay, número 7, de Madrid.

El motivo se desestima porque no tiene en cuenta en su planteamiento que tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación, que recoge enteramente aquélla (Fundamento Jurídico primero), han interpretado esa entrega en función de las relaciones entre las partes, que no dieron lugar a una compraventa perfecta por no estar determinado el precio ni la cosa, sino a unos tratos preliminares. Todo ello valorando las pruebas practicadas. Luego si no se impugna previamente esa calificación jurídica, demostrando que no existen tratos preliminares, sino compraventa perfecta, no se puede traer a colación la doctrina jurisprudencial que se dice infringida; la misma supone que entre las partes media un contrato de compraventa (art. 1.454 del Código Civil). Es razonable pensar que las partes estuviesen confiadas en la rápida conclusión del contrato, y se quisiese vincular más a la vendedora para ello.

Se acusa infracción del artículo 1.450 del Código Civil, volviendo a insistir la parte recurrente en que existió acuerdo sobre la cosa y el precio.

El motivo se desestima por las mismas razones acabadas de exponer, que se dan por reproducidas. Son hechos probados en la instancia que no existió precio ni objeto determinado. Dice al respecto el Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia recurrida: «Es por ello que puede hablarse de indeterminación de la cosa y del precio, por cuanto que éste era en función de aquél, ya que si la planta medía 821 metros y sólo había una entrada o acceso a la misma, también es palmario que la división material de la parte que adquirirían los ahora demandantes requería el acuerdo de ambas partes y una vez conocida la superficie que se compraba, medirla con precisión para poder fijar el precio según la cantidad que se conviniera por cada metro cuadrado; así lo pone de relieve la propia documentación que se aporta con la demanda, porque consta que cada planta tiene servicios separados para señoras y caballeros, instalación eléctrica con amplia acometida y equipamiento independiente en cada planta, salidas de emergencia y otras instalaciones, con la situación que describe el plano del folio 34, de tal forma que no basta con el trazado de una sola línea sino que es preciso determinar cada una de las mitades mediante un acuerdo al que no se llegó, pues lo único que se desprende de los actos de ambas partes es una serie de conversaciones, pero no puede deducirse de los actos unilaterales de la actora —tasación, encargos de división, etc.— que la parte vendedora prestara su conformidad».

MARÍA DEL CARMEN CORRAL GIJÓN