

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA, ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
e ISABEL MORATILLA GALÁN

LEASING: DIFERENCIA CON EL CONTRATO DE PRÉSTAMO SIMPLE O MUTUO. PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO. (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Lo que caracteriza al «leasing», en su versión de arrendamiento financiero, es su constitución en función de un bien determinado. La razón ontológica de la figura jurídica que explica su función económico-social, o práctica, es la necesidad de un objeto y su destino a una explotación agrícola, pesquera, industrial, comercial, artesanal, de servicio o profesional del financiado, el cual acepta dicha fórmula jurídica porque precisa o desea dicha cosa, reservándose la facultad de adquisición para un tiempo posterior, mediante el mecanismo de la opción de compra.

En cambio, lo que caracteriza el préstamo de dinero es la necesidad de éste, que además de cosa fungible es consumible por naturaleza, produciéndose en relación con el mismo una transmisión de dominio, con obligación de devolver otro tanto. En el préstamo, por consiguiente, la razón de ser del contrato es recibir dinero, mientras que en el leasing se financia directamente la adquisición del objeto.

Para la sentencia del Juzgado, el contrato debe ser calificado como de «léase back». Esta figura jurídica no concurre en el supuesto de autos, porque es una modalidad de leasing, y por lo tanto lo trascendente es el bien concreto sobre el que se constituye, de tal modo que si el mismo, y más concretamente su transmisión, obedece a una función de garantía de la devolución de una suma de dinero, obviamente 110 se da tal hipótesis jurídica.

La primera apreciación que comporta lo anteriormente expuesto es la de que no ha habido verdadera transmisión del dominio porque falta el título idóneo, ya que si la venta se hizo en función de garantía, carece de eficacia transmisiva, no tiene virtualidad para transmitir el dominio. La jurisprudencia ha admitido la posibilidad de venta en garantía con la creación de una titularidad formal (negocio fiduciario), pero ello es distinto de una transmi-

sión definitiva. Además, la transmisión del dominio con el fin de responder del incumplimiento de la deuda convierte la simulación relativa en radicalmente nula por vulnerar la prohibición del pacto comisorio. La Jurisprudencia ha venido admitiendo con cierta amplitud las garantías reales atípicas, incluso mediante la formulación de negocios complejos, la utilización de negocios indirectos u otros mecanismos jurídicos. Pero la creación de una garantía atípica no puede servir de artificio para eludir los principios fundamentales del sistema de garantías típicas, como son las normas relativas a la preferencia y prelación de créditos, principio de la *par conditio creditorum*, protección de tercero o prohibición del pacto comisorio.

La apreciación de la nulidad del pacto comisorio no implica normalmente la ineficacia de la garantía, la cual sigue desarrollando su función en los términos convenidos y con arreglo a su naturaleza y, por consiguiente, el negocio atípico de garantía, en principio, sólo deviene inválido en la medida que acarrea la apropiación definitiva por el acreedor del bien cuando se produce el incumplimiento de la obligación. Pero esta solución no se aviene con la modalidad de operación de garantía que se examina en este litigio, porque la nulidad afecta a todo el negocio complejo, sin que sea posible aplicar la doctrina de la nulidad parcial.

LA PRESCRIPCIÓN NO ES APLICABLE A LOS CONTRATOS NULOS POR FALTA DE CONSENTIMIENTO. (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—El motivo segundo del recurso, por transgresión del artículo 1.301 del Código Civil, denuncia que la sentencia de instancia ha anulado el contrato de venta celebrado en 1964, cuando han transcurrido treinta años desde entonces, se desestima porque el precepto citado como infringido no es de aplicación para los contratos radicalmente nulos o inexistentes por falta de consentimiento, como sucede en este caso, toda vez que la acción para tal categoría de ineficacia es imprescriptible.

EL JUEZ NO ESTA OBLIGADO A SUJETARSE AL DICTAMEN PERICIAL. (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Los tribunales de instancia, en uso de las facultades que le son propias, no están obligados a sujetarse totalmente al dictamen pericial, que no es más que uno de los medios de prueba o elementos de juicio. No existen reglas preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial, por lo que no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido. Ni los artículos 1.242 y 1.243 del Código Civil, ni el 632 LEC tienen el carácter de preceptos valorativos de prueba a efectos de casación para acreditar error de derecho, pues la prueba pericial es de libre apreciación por el Juez. El Juzgador no está obligado a sujetarse al dictamen pericial.

DESISTIMIENTO DEL CONTRATO POR MUTUO DISENSO: ES CLAUSULA VALIDA. (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—El desistimiento del contrato, válidamente negociado, que excepciona su fuerza obligatoria y su irrevocabilidad, por razón del

mutuo disenso convenido, y que faculta a la liquidación de la relación, conforme autoriza el artículo 1.255, no resulta contraria a la ley, a la moral ni al orden público, por emanar de la libre voluntad negociadora de las partes, encajando en el ámbito puramente consensual que tiene el contrato de compraventa en nuestro Derecho positivo y la hace válida *inter partes*, desde el momento que la relación se perfeccionó debidamente.

La jurisprudencia no desconoce la validez y vinculación de las resoluciones convencionales, y así la sentencia de 31 de diciembre de 1991 contempla un supuesto de resolución pactada que resulta específica respecto a la que con carácter genérico contempla el artículo 1.124 del Código Civil.

DESISTIMIENTO DEL DUEÑO DE LA OBRA EN SU REALIZACIÓN. (SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Decidido por el comitente de la obra el desistimiento de su realización en uso de la facultad que le confiere el artículo 1.594 del Código Civil, las consecuencias de esa decisión vienen determinadas en el mismo precepto —indemnización al contratista de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de la realización de la obra— que no cabe identificar con las consecuencias que, desde lo pactado y por resolución de incumplimiento, establece el artículo 1.124 del propio Código porque, como ya resolvió la sentencia de 8 de julio de 1983, uno y otro precepto responden a heterogéneos presupuestos, como también son disimiles sus consecuencias en orden a las respectivas indemnizaciones. El derecho del contratista a percibir la indemnización no depende en absoluto de los móviles que hayan inducido al propietario a desistir unitateralmente del contrato de obra.

LA MORA NO ES SUPUESTO DE INCUMPLIMIENTO, SINO DE CUMPLIMIENTO TARDÍO. (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—De acuerdo con la doctrina científica más solvente, la mora no es un supuesto de incumplimiento, sino un caso de cumplimiento tardío de la obligación, porque en forma alguna se puede decir que concluida la obra, haya incumplimiento por el contratista y se pueda pedir de forma solvente la resolución contractual, ya que lo que únicamente se puede solicitar por el dueño de la obra, de acuerdo con el artículo 1.101 del Código Civil, es la indemnización de daños y perjuicios que ese retraso ha producido a la parte contraria.

DIFERENCIAS ENTRE EL LEASING Y LA PÓLIZA DE PRÉSTAMO. (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—La cuestión controvertida recae en dilucidar si el leasing se puede equiparar a una póliza de préstamo, y por lo tanto la fecha relevante en el contraste con el crédito del ejecutante es la de constitución de ese contrato de préstamo, en este caso la fecha de constitución de la póliza de leasing. Y es doctrina de esta Sala (sentencias de 3-11-89 y 9-7-90) que la preferencia no se deriva obligada y necesariamente de las sentencias de rema-

te recaídas en juicios ejecutivos, toda vez que debe concederse prioridad a los títulos que fundamentaron la acción ejecutiva, ya que cuando la certeza del crédito consta en los títulos, aun cuando posteriormente se haya acudido a un procedimiento para lograr su efectividad, habrá de atenderse a la fecha de la escritura y no a la de la sentencia, para resolver el conflicto preferencial.

La preferencia a que se refiere el artículo 1.924.3.º del Código Civil es absoluta e incondicional para aquellas pólizas que reflejan una indiscutible realidad crediticia que comporta una deuda exigible, pero no ocurre igual en aquellos casos en que la deuda a exigir no puede conocerse de antemano y precisa una posterior actividad complementaria, que es la que permite conocer el alcance de la obligación y la exigibilidad indubitada del crédito, viniendo en tales casos referida la preferencia a la fecha de su operación de liquidación.

En la polémica del recurso se plantea, como problema inicial, si es posible equiparar la llamada póliza acogedora del contrato de leasing con la analizada póliza de préstamo. Lo que caracteriza al leasing es su constitución en función de un bien determinado. La razón ontológica de la figura jurídica que explica e integra su función económico-social, o práctica, es la necesidad de un objeto. En cambio, lo que caracteriza al préstamo de dinero es la necesidad de éste, que además de cosa fungible, es consumible por naturaleza, produciéndose en relación con el mismo una transmisión de dominio, con obligación de devolver otro tanto, con precio o sin él. En el préstamo, por consiguiente, lo relevante o trascendente, la razón de ser del contrato, es recibir dinero; se financia la empresa, mientras que en el leasing se financia directamente la adquisición del objeto.

En consecuencia, no cabe sostener esa equiparación, que es por lo que cuando efectivamente se ejercita por parte de la tercerista su reclamación por el impago de las cuotas insatisfechas por el usuario, debe acompañar la certificación correspondiente para acreditar cuál es el saldo exigible en ese instante, y esa fecha será la determinante.

RESOLUCIÓN CONTRACTUAL: SALVO EL CASO DE RESOLUCIÓN CONVENCIONAL, PARA OBTENER LA DECLARACIÓN RESOLUTORIA ES PRECISO EJERCITAR LA ACCIÓN EN DEMANDA O RECONVINIENDO, Y NO POR VIA DE LA EXCEPCIÓN. (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 1.124 del Código Civil (nada tiene que ver con el tema el 1.504 del Código Civil el que, aunque complementario del 1.124, es de exclusiva aplicación en la venta de bienes inmuebles al incumplimiento consistente en la falta de pago del precio, y no a otro) sólo es de invocación en el caso de que haya una situación de incumplimiento contractual que no sea consecuencia de un incumplimiento del propio accionante.

La sentencia recurrida aprecia que hubo un aquietamiento en el escrito de contestación de la vendedora, lo que supondría una conformidad con la extinción del vínculo contractual, lo que determinaría, no la aplicación del artículo 1.124 del Código Civil, sino la concurrencia de un mutuo disenso o ruptura contractual por retractación bilateral por *contrarius consensus*.

Sin embargo, lo que la entidad demandada plantea en su escrito de contestación es la existencia de un incumplimiento contractual de las actoras (compradoras) por no haberle pagado en su totalidad el precio de la compra-

venta, por lo que interesa se aprecie la resolución del contrato con base en los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, alegando la correspondiente intimación resolutoria. Ocurre, no obstante, que tal planteamiento no puede ser acogido porque la resolución no puede ser declarada judicialmente sin el previo ejercicio de la acción, cuya exigencia sólo es eludible cuando se da una resolución convencional. La resolución contractual se produce extrajudicialmente, pero de existir resistencia por alguno de los contratantes, es precisa la postulación procesal mediante demanda o reconvención, no siendo idónea la vía de la excepción.

PROMESA DE COMPRAR Y VENDER: DIFERENCIAS CON LA COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Entendemos correcta la doctrina jurisprudencial aplicada por el juzgador de instancia al distinguir, en el supuesto de autos, entre el contrato de compraventa y el precontrato o «pacto de contrahendo», a pesar de tratarse de una promesa bilateral de venta y de la aparente asimilación que hace el precepto del párrafo 1.º del artículo 1.451 del Código Civil entre uno y otro negocio jurídico cuando hay acuerdo respecto del precio y la cosa vendida, y ello teniendo en cuenta la jurisprudencia sentada a partir de la interesante sentencia de 15 de marzo de 1945, que admite la posibilidad de la existencia independiente de uno y otro, siempre que quede patente la voluntad de las partes; diferencia entre uno y otro contrato que se pone de manifiesto al atender, como dice la sentencia citada, al contenido de las obligaciones que respectivamente engendran en términos que si uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella en dinero o signo que le represente, la figura jurídica que surge es la de una compraventa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.451 del citado Código; mientras que si las partes, aun estando de acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato, se obligan a la prestación de un futuro consentimiento encaminado a celebrar una compraventa posterior, parece un contrato preparatorio o precontrato, cuyos efectos no cabe identificar con los que la compraventa produce, doctrina esta que se ha mantenido por esta Sala, aunque con algunas infidelidades, como se pone de manifiesto en la sentencia de 23 de marzo de 1963.

En el supuesto de autos, la venta quedó pospuesta a la obtención por los demandantes de los correspondientes préstamos; por lo que no hay duda de que se trata de un precontrato que tiene efectos distintos del propio contrato de compraventa.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL: CARÁCTER CUASI-OBJETIVO. (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Los taxativos términos del artículo 1.902, que establecen la responsabilidad reparatoria del daño o perjuicio, parten únicamente del dato de que el hacer del agente haya sido culposo o negligente, siendo significativa la evolución apreciativa de la jurisprudencia que en las sentencias de 20-10-1963 y 11-3-1971, anticipándose a la inaplicación en esta materia del principio general de presunción de inocencia que después proclamó el ar-

título 24 de la Constitución, —«siempre habrá de referirse a normas represivas o sancionadoras, pero el art. 1.902 no tiene tal carácter, pues la indemnización que establece tiene carácter de reparación o compensación»—, viene a declarar que de forma cada vez más acusada, en el camino de la objetivación de la culpa civil, que la acción u omisión determinante del daño indemnizable a que el artículo 1.902 se refiere, se presume siempre culposa, a no ser que el autor acredite en debida forma haber actuado en el caso concreto con diligencia irrepachable. La sentencia de 18 de marzo de 1999 señala que la doctrina de esta Sala viene a aceptar soluciones cuasi-objetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgo.

CONSUMIDORES: INAPLICABILIDAD DE LA LEY GENERAL DE DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS CUANDO EL OBJETO SE ADQUIERE PARA EL DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD INDUSTRIAL O PROFESIONAL DEL ADQUIRENTE. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Es cierto que no resulta aplicable la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, porque su normativa no puede ser invocada en apoyo de pretensiones de quienes no tienen la consideración de consumidor o usuario en sentido legal. La Ley —art. 1, apartados 2 y 3— excluye de su ámbito a quienes adquieren los bienes sin constituirse en destinatarios finales, para integrarlos en actividades empresariales o profesionales; y en el caso es claro que la impresora objeto del contrato de compraventa litigioso se adquirió para una actividad de publicación, y no para un mero uso doméstico o personal.

Ello, no obstante, la prosperabilidad de los motivos no permite dar lugar al recurso de casación, por ser de aplicación la doctrina de la equivalencia de resultados o del fallo justificado, lo que tiene lugar cuando la decisión recurrida debe mantenerse por otros fundamentos, o cuando, como ocurre en el caso, se da un supuesto de doble fundamentación de modo que sólo una es combatida con éxito.

NOVACIÓN: LA MODIFICATIVA ES LA QUE SE PRODUCE EN LOS CASOS DEL ARTICULO 1.203 COMO REGLA GENERAL. (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Esta Sala ha declarado reiteradamente que el concepto de novación está considerablemente ampliado en nuestro Derecho con relación al que se le atribuía en Derecho Romano, habiéndose incluido, al lado de la figura tradicional de la novación extintiva, la impropia o meramente modificativa. Es más, debe entenderse que es esta última la que se produce en todos los supuestos del artículo 1.203 del Código Civil, salvo que otra cosa se manifieste terminantemente por las partes o que la antigua y la nueva obligación sean de todo punto incompatibles (art. 1.204). De la conjunta interpretación de estos preceptos se desprende que ha de verse notablemente reducido el alcance que, a la vista de la rúbrica del Capítulo IV del Título

Primero del Libro IV del Código Civil, y de la afirmación, aparentemente general, del artículo 1.156, que lo encabeza, pudiera concederse a esta institución.

CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN EN EXCLUSIVA: LA FACULTAD DE RESCISIÓN CORRESPONDE AL CONCEDENTE. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—El contrato de distribución en exclusiva, carente de toda regulación en nuestro ordenamiento, es posible desde la libertad de contratación que consagra el artículo 1.255, habiendo sido la jurisprudencia la que ha ido perfilando sus caracteres, y así la sentencia de 15 de octubre de 1992 establece que a esa clase de contrato nunca se le puede asignar un carácter de perpetuidad cuando se concierta sin fijación de plazo y por lo mismo, respetando siempre los parámetros de la buena fe y de la equidad excluyente del abuso de derecho, cabe proceder a su rescisión por el concedente, evitando irrogar perjuicios a quien ha prestado su aparato y estructura negocial para servir a las finalidades de la contraparte.

A falta de un plazo previsto para el contrato, esta imprevisión no supone perpetuidad, y es en aras de aquella posibilidad rescisoria que únicamente cabría establecer una obligación reparatoria para la contraparte cuando la decisión finalizadora se adopte maliciosamente o en claro abuso, o simplemente, sin motivo alguno.

EL PAGO DE LOS INTERESES DE UNA DEUDA SE CONTARA A PARTIR DE LA INTERPELACIÓN JUDICIAL. (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Con anterioridad al cambio jurisprudencial, el brocardo vigente *in illiquidis non fit mora* suponía o indicaba que para cuando la cantidad adeudada no fuera líquida, es decir, cuando para determinarla era precisa una contienda judicial, el abono de intereses sólo procedería desde el instante procesal de firmeza de la sentencia que resuelve dicha contienda judicial. Y así se proclamaba en una antigua doctrina jurisprudencial.

Sin embargo, a partir de la sentencia de 5 de abril de 1992, esta Sala ha atenuado y modificado el automatismo del expresado principio, cuando en la misma se dice que junto a la consideración de la condena de abono de intereses por las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al 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, no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el acreedor.

El no devengo de intereses a partir de la interpelación judicial de una cantidad adeudada, aunque fuera inferior en su *quantum* a la solicitada en la demanda, podría configurar incluso una situación de enriquecimiento injusto,

figura odiosa en relación a los principios de igualdad y seguridad jurídica, y que no precisa partir de un acto ilícito o de mala fe, sino simplemente del dato de obtener una ganancia indebida, lo que conseguiría el deudor moroso al que no se le obligara desde el momento mismo de ser requerido judicialmente a través de un proceso, a pagar los frutos civiles o intereses de una cantidad que está obligado a pagar, sea cual sea el montante definitivo de la misma.

DERECHO DE OPCIÓN: NO PUEDEN IDENTIFICARSE SUS EFECTOS CON LOS DEL CONTRATO AL QUE SE OPTA. (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—Aunque nuestro ordenamiento común no regula la opción contractual de compra —salvo en la posibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad y efectos de ello derivados— está jurisprudencialmente admitido como aquel contrato por el que se concede, dentro de un tiempo determinado, la posibilidad al beneficiario de decidir unilateralmente la celebración del contrato de compraventa por el que se pactó la opción y en las condiciones establecidas en ésta, facultad a la que es usual establecer una contrapartida de valor en concepto de compensación al concedente, lo que convierte al contrato en oneroso, que suele consistir en la entrega de una cantidad de dinero que puede compensar al concedente por el tiempo para la opción o puede pasar a formar parte del precio de la compra que se lleve a efecto como objeto del contrato de opción cuando así se ha estipulado. Sea gratuito u oneroso el contrato de opción, el concedente no podrá disponer del bien durante el tiempo convenido, de ahí lo normal de lo oneroso del contrato para compensar la imposibilidad de disponer a que se sujeta.

Esto no permite identificar los efectos del contrato de opción con los propios del contrato a que se opta.

LEVANTAMIENTO DEL VELO: SU FINALIDAD ES LA PROTECCIÓN DE DERECHOS AJENOS. (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina del denominado «levantamiento del velo» de la persona jurídica, expresión adaptada de la palabra anglosajona *disregard* y de la germana *Durchgrift*, cuya función es desvelar verdaderas situaciones en orden a la personalidad para evitar ficciones fraudulentas, como señaló la sentencia de 28 de mayo de 1984 y ha repetido la de 15 de octubre de 1997.

La idea central y básica consiste en que no cabe la alegación de separación de patrimonios de la persona jurídica cuando tal separación resulta una ficción, que pretende un fin fraudulento, como el incumplimiento contractual o aparentar insolvencia.

El *lifting the veil* o levantamiento del velo, es una creación de la jurisprudencia norteamericana con intención de averiguar la realidad en una actuación de una persona jurídica que implique frustración de los derechos de terceros, y que ha sido aceptada por la doctrina española y por la jurisprudencia de esta Sala, pretendiendo evitar con ello simulación en la constitución de una sociedad que signifique la elusión en el cumplimiento de un contrato, así como la burla de la Ley como protectora de derechos ajenos.

CLAUSULA DE SUMISIÓN EN CONTRATO DE CONSUMIDORES: ES INEFICAZ POR CONSIDERARSE ABUSIVA. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2000.)

Doctrina de la Sentencia.—En relación con la cláusula de sumisión litigiosa, cuando ésta se halle inserta en un contrato celebrado con consumidores, debe tenerse en cuenta la doctrina de la Sala que recoge, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1999, al explicitar que en el estudio de las cláusulas abusivas de los contratos, hay que partir de la Directiva 93/13 de la Comunidad Económica Europea del Consejo, de 5 de abril de 1993, que define y sanciona de ineficacia a las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores. Esta disposición tiene el carácter de norma de obligada transcripción a los derechos nacionales de los Estados miembros, y mientras se lleva a cabo tal establecimiento, los Tribunales Judiciales de cada Estado deben actuar como jueces comunitarios.

En el artículo 3 del Texto comunitario se definen las cláusulas abusivas al expresar que son aquéllas que no se han negociado individualmente, pese a la exigencia de buena fe, causando en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido.

J. Q. S.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE CONTRAVENTA. (STS DE 22 DE JULIO DE 2001.)

Hechos.—El objeto litigioso se centra en obtener de la sociedad demandada la reparación de los defectos aparecidos en el sistema de alarma instalado en la urbanización cuyos propietarios integran la Comunidad actora, califíquese esta situación de dicho sistema como de ruina funcional o como cumplimiento defectuoso de la prestación a que se obligó la demandada promotora-vendedora, es indudable que en uno u otro caso, se trata de ejercitar las acciones derivadas, en este caso del contrato de compraventa, pues en ambos supuestos hay un incumplimiento del contrato, independientemente de la gravedad del daño, al declarar la Sala *a quo* que las deficiencias en la instalación ofertada configura un incumplimiento contractual susceptible de ser reclamado por la vía de los artículos 1.089, 1.091, 1.256 y 1.258 del Código Civil.

Doctrina.—No obstante la mención en el fundamento tercero de la sentencia recurrida del artículo 1.591 del Código Civil, la *ratio decidendi* de la sentencia no se encuentra en la apreciación de si los defectos apreciados en el sistema de alarma constituyen o no un supuesto de ruina funcional incardinable en el artículo 1.591 del Código Civil, sino que el fallo estimatorio de la demanda se encuentra en que los defectos denunciados constituyen un incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la promotora-vendedora aquí recurrente, y así se manifiesta de forma rotunda en el fundamento tercero de la sentencia de instancia que en su párrafo razona: «así las ausencias o deficiencias de las instalaciones afectadas, que obstaculizan que el

espacio construido sea habitable y seguro en condiciones aptas para servir de adecuada y digna morada a sus habitantes, configura un incumplimiento contractual susceptible por la vía de los artículos 1.089, 1.091, 1.256 y 1.258 del Código Civil de ser reclamado, pues la obligación de entrega tiene que ser acorde con la finalidad y causa económica de los contratos y debe estar en correcta relación con la promoción realizada (art. 8.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984), características de la edificación y precio pagado por las viviendas», y que ésta es la *ratio decidendi* de la sentencia y no la aplicación del artículo 1.591 del Código Civil, lo viene a reconocer la parte recurrente cuando en el motivo primero del recurso tacha a la resolución de instancia de incongruente porque, dice, «transforma lo que era una acción de responsabilidad decenal en una acción de incumplimiento contractual», no se ha producido, en consecuencia, la infracción legal que se denuncia, y de ahí la anunciada desestimación del motivo.

COMPRAVENTA DE CUERPO CIERTO. (STS DE 21 DE JULIO DE 2000.)

Hechos.—La pretensión de la actora trae causa en el contrato de compraventa celebrado entre PROABA, S.A. como comprador, y la demandada, como vendedora en escritura pública que tenía por objeto «solar, en término de Cártama, partido..., cuya superficie edificable es de 1.427 m² que linda...», asimismo expone la vendedora que «sobre esta finca existe realizado un proyecto básico de ejecución de 23 viviendas, el cual declaran conocer ambas partes, aceptándolo y ratificándolo en este acto la parte compradora».

Doctrina.—Cuando es vendido un inmueble, para la determinación del mismo no es necesario que sean precisadas en el contrato las dimensiones, la medida, pudiendo tener esta indicación dos significaciones, dos valores bien distintos: primero, que las partes hayan querido obtener aquella determinada medida por aquel determinado precio, estableciendo que en tanto se convenía aquel precio en cuanto el inmueble tenía tal medida, siendo obvio que si después resulta que el inmueble tenía dimensiones distintas, también el importe del precio debe modificarse proporcionalmente, en más o en menos hipótesis de la venta de inmuebles por unidad de medida o número prevista y disciplinada por los artículos 1.469 y 1.470 del Código Civil; y segundo, que el inmueble sea vendido como cuerpo cierto, es decir, por lo que es, independientemente de sus dimensiones efectivas, hipótesis regulada por el artículo 1.471 del propio cuerpo legal. Además, para la determinación del objeto vendido no es preciso determinar sus dimensiones, y aunque así se haga, siempre que falte la indicación del precio concreto por unidad de medida, la ley supone que tal individualización no ha tenido para las partes valor esencial, y constituía tan sólo una superabundancia de datos que es una presunción de valor absoluto.

La compraventa celebrada ha de calificarse como compraventa a precio alzado o de cuerpo cierto, ya que la expresión de la superficie edificable, que no puede confundirse con la superficie del solar vendido, no aparece que fuera tenida en cuenta para la fijación del precio, pues no se estableció el precio del metro cuadrado edificable que una sencilla operación aritmética daría el precio total de lo vendido.

CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. INAPLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO. (STS DE 24 DE JULIO DE 2000.)

Doctrina.—Una Directiva de la Comunidad Económica Europea no constituye derecho interno estatal, pues no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular, y que una Disposición de una Directiva no puede, por consiguiente, ser invocada en calidad de tal contra dicha persona. La aplicación de las Directivas a los Estados Comunitarios, como reconoce la doctrina, no deja de plantear serios problemas en posición de generalidad teórica, ya que las Directivas no son de aplicación directa. Con ello, su entrada en vigor no ocasiona su auténtica incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros para convertirse en Derecho vigente y de obligado cumplimiento.

En el presente caso, a tenor del contenido suscrito entre las partes, el demandado-reconviniente no estaba vinculado con la demandante-reconvenida por un contrato de agencia, ya que en ningún momento actuó en nombre y por cuenta del empresario, sino en su propio nombre, asumiendo el riesgo comercial de las operaciones que concertase para la venta de los productos de la actora. No nos encontramos con un contrato de agencia, sino ante la figura del distribuidor en exclusiva quien, como es conocido, no obra *procuratoris domini* sino *propio nomine*, y como dueño exclusivo de la mercancía que revende, contrato de naturaleza atípica, integrado por componentes de suministro con exclusiva de venta y agencia o de venta y arrendamiento de servicios.

CALIFICADO EL CONTRATO DE LEASING ES POSIBLE SU RESOLUCIÓN POR IMPAGO DE CUOTAS. (STS DE 20 DE JULIO DE 2000.)

Una vez calificado el contrato de leasing o arrendamiento financiero (pues su calificación como compraventa de bien mueble a plazos habrá que probarla en el caso y con las circunstancias concretas, si medió un acuerdo simulatorio en el que el leasing opera como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos) es procedente su resolución por impago de cuotas por parte del arrendatario, resolución que, por cierto, también se aplica al impago del precio de la compraventa.

DULCIFICACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. (STS DE 25 DE JUNIO DE 2000.)

Doctrina.—El rigor del principio de la carga de la prueba puede dulcificarse en ocasiones, según la posición más favorable que tengan las partes respecto de la disponibilidad de las fuentes de prueba, que tal juicio de oportunidad corresponde al juzgador de instancia, de manera que cuando se comprueba que el hecho afirmado es básico para el éxito de la pretensión actora y no resulta probado en la instancia, no cabe que se eluda la aplicación de la regla general que informa el precepto invocado acerca de la prueba de las obligaciones, utilizada por el juzgador de instancia, ya que el ámbito casacional del artículo 1.124 del Código Civil, sólo cobra sentido cuando en casos de pruebas insuficientes o dudosas, se hacen recaer las consecuencias perjudiciales de la falta de probanza sobre la parte no concernida por la carga de probar,

pero no cuando la falta de prueba se imputa correctamente a quien debió de probar. El artículo 1.214 del Código Civil no contiene normas valorativas de prueba y opera para distribuir su carga entre los contendientes procesales, con lo que su infracción sólo cabe ser aducida en los casos de ausencia de prueba de los hechos concretos y la Sala no tenga en cuenta la regla distributiva del *onus probandi*, al hacer soportar las consecuencias de la falta probatoria a la parte sobre la que no gravita la carga.

PERDIDA DE LA COSA OBJETO DE ARRENDAMIENTO DE BIENES MUEBLES. (STS DE 22 DE JUNIO DE 2000.)

Hechos.—La acción objeto de litis solicita la reclamación de la cosa arrendada (andamios) por haberse perdido en poder del arrendatario tras el incendio del pabellón a que dicha cosa servía, la cual no ha quedado totalmente destruida y el arrendatario tenía que haberla restituido al arrendador.

Doctrina.—La responsabilidad del arrendatario comprende tanto la pérdida como el deterioro, se insiste en que los andamios arrendados fueron trasladados tras el incendio por una empresa desconocida a paradero igualmente desconocido sin permiso del arrendador ni del arrendatario y, en fin, se dice que las torres de andamio eran de acero y estaban dotadas de ruedas y por tanto, difícilmente podrían destruirse como consecuencia del incendio. Otra cosa es que el arrendatario no hubiese actuado con la suficiente diligencia para retirar las mismas durante y después de acaecido el supuesto siniestro.

Uno de los fundamentos de la sentencia recurrida es la obligación de custodia del arrendatario impuesta por el artículo 1.568 en relación con el artículo 1.102, ambos del Código Civil. Forzoso sería concluir que el motivo, además de confundir la *causa petendi* con los preceptos concretos citados en la demanda, altera interesadamente los términos en que ésta verdaderamente se planteó para así reducir o limitar el fundamento de su pretensión al de la responsabilidad del arrendatario por el incendio, algo que de ningún modo se corresponde con la realidad, pues evidentemente es de todo punto que la reclamación se fundaba en la pérdida de la cosa arrendada, deteriorada o no, a causa de la pasividad, negligencia o desinterés de la arrendataria tras el incendio.

EN EL CONTRATO DE OBRA SI EL CONTRATISTA ASUME EL RIESGO Y AVENTURA NO PUEDE RECLAMAR AUMENTO DE PRECIO. (STS DE 21 DE JUNIO DE 2000.)

Hechos.—La sociedad demandada, hoy recurrida, desistió unilateralmente del contrato de obra concertado con la recurrente, lo que pudo legalmente hacer, pero dejando indemne al contratista, sea cual hubiese sido la característica de aquel contrato (riesgo y ventura del contratista, etc...).

Doctrina.—El motivo se desestima por la introducción de una cuestión nueva no alegada en el período expositivo para que hubiera podido ser objeto de contradicción y prueba, y es la de fundar la reclamación ahora en el artículo 1.594, cuando la demanda solicitaba la condena de la demandada por el impago de las certificaciones de obra, devolución de retenciones, gastos

de conservación y custodia. No se alegó que debía, como consecuencia del desistimiento unilateral de la obra, la cantidad reclamada, que sería la resultante de su aplicación. Esta Sala ha vedado rigurosa y constantemente el planteamiento de nuevas cuestiones en el recurso de casación para no contrariar los principios de audiencia y contradicción.

AUSENCIA DE ACREDITACIÓN DE LA PROPIEDAD DE UN VEHÍCULO DEL TERCERISTA. (STS DE 22 DE JUNIO DE 2000.)

Doctrina.—La inscripción en el Registro de la Jefatura de Tráfico no es decisivo en la determinación del derecho de propiedad del vehículo inscrito, pero tal inscripción no ha sido el argumento único para desestimar la demanda de tercería de dominio; son varias las razones para desestimar la demanda centrándose en un extremo que declara la sentencia de instancia: falta de pruebas acreditativas de la propiedad del tercerista, que ha llevado a la desestimación de la demanda, que se estima correcta.

I. I. M.

COMPETENCIA POR INHIBITORIA. CLAUSULA ABUSIVA. (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. señor don José Almagro Nosete.

Procedencia: Juzgado de 1.^a Instancia, número 4, de San Sebastián, y Juzgado de 1.^a Instancia, número 2, de Santoña.

Doctrina de la Sentencia.—Las cláusulas abusivas de adhesión se califican de abusivas en atención a la protección que debe dispensarse a los consumidores, ya que el acto de competencia no es objeto de negociación bilateral, lo que implica la expresión conforme a las voluntades concordes de los contratantes y, asimismo, resulta determinante de su nulidad, pues la bilateralidad obligacional no la expresa ni representa el simple hecho de que esté firmada la relación contractual creada por el receptor de la prestación convenida, dado su carácter imperativo: doctrina jurisprudencial que responde a la Directiva Comunitaria 93/13, de 5 de abril de 1993, y cuya transcripción a nuestro Derecho se ha efectuado por la Ley número 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que consagra el principio de que las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras se resolverán a favor del adherente.

ARTÍCULOS 1.469 Y 1.472 DEL CÓDIGO CIVIL. DIFERENCIAS ENTRE PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD. EL PLAZO DEL ARTICULO 1.472 ES DE PRESCRIPCIÓN Y NO DE CADUCIDAD. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1999.)

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

El Juzgado de 1.^a Instancia, número 4, de los de Almería, en sentencia de 22 de abril de 1994, estima la excepción interpuesta contra la demanda. La

Audiencia Provincial de Almería, en sentencia de 13 de noviembre de 1995, estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la Sentencia.—Por la Sala se debate la diferencia existente entre **prescripción y caducidad**. La caducidad fenece por el transcurso del tiempo señalado para ejercitar una acción. En cambio, la prescripción es la acreedora de adquisición o extinción de derechos, y consiguientemente, cualquier requerimiento o acción ejercitada interrumpirá la misma, así si la Ley ha querido señalar un plazo relativamente corto para un tipo especialísimo de acción, no debe dilatarse con interrupciones que hagan impreciso los términos de la contratación o de la seguridad jurídica. El Tribunal Supremo mantiene, en algunos casos, que la caducidad puede admitir excepcionalmente interrupción, aunque la jurisprudencia más moderna se pronuncia en el sentido de que la caducidad no admite interrupción de ninguna clase. Por tanto, es indudable que las figuras jurídicas de la **prescripción y la caducidad** son totalmente diferentes, como lo son, también, los efectos y consecuencias a derivar de una y otra, en especial, respecto al transcurso del tiempo, y en este sentido, es bien parco el plazo especial que el artículo 1.472 del Código Civil asigna a las acciones a que se refiere, pero ello tiene su explicación en la finalidad de salvar en lo posible la eficacia y validez del contrato y en la necesidad de acortar los plazos en que se pueda atacar al mismo, a fin de consolidar la seguridad jurídica, así como la simplicidad de semejantes acciones, en las que la investigación de los hechos en que se basan no precisa un considerable espacio de tiempo al poder efectuarse con facilidad en los momentos precedentes a la entrega, lo cual hace innecesario un largo plazo de tiempo para salvar la divergencia.

DEUDOR INCURSO EN MORA. SI LA OBLIGACIÓN CONSISTE EN EL PAGO DE UNA CANTIDAD DE DINERO, EL CALCULO DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS HA DE CIFRARSE SOBRE LA TOTAL CANTIDAD DEBIDA. (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1999).

Ponente: Excmo. señor don José Menéndez Hernández.

El Juzgado de 1.ª Instancia, número 1, de los de Soria, en sentencia de 14 de marzo de 1994 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Soria, en sentencia de 8 de noviembre de 1994, estima parcialmente el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Según el artículo 1.101 del Código Civil, los que incurren **en mora** deben indemnizar los daños y perjuicios producidos. El artículo 1.101 expone como supuesto de **cumplimiento defectuoso** —no incumplimiento— los casos de culpa, negligencia o morosidad. Pero este último supuesto podría subsumirse en los anteriores: el que no paga oportunamente a sus acreedores lo hace o por actitud negligente o por un acto culposo; si no paga en el tiempo debido es o porque se descuida o porque deliberadamente quiere retrasarse, por tanto, no muestra la diligencia de un buen padre de familia que suele ser cuidadoso en sus compromisos. En cuanto a la respon-

sabilidad procedente de esta negligencia, el artículo 1.103 dispone que es exigible en toda clase de obligaciones y puede moderarse por los Tribunales. Después el artículo 1.106 marca las coordenadas de la acción indemnizatoria que no sólo debe cubrir la pérdida sufrida sino también la ganancia dejada de obtener por el acreedor y, por último, el artículo 1.108 mantiene que en las deudas de dinero, la indemnización por el retraso en el pago consistirá en el pago de los intereses si no hubiese pactado lo contrario, y ello porque el dinero es susceptible de una feracidad económica, es *capaz* de engendrar intereses y si no se percibe a tiempo se aborta esa producción.

TERCERÍA DE DOMINIO. LEASING: NO ES COMPRAVENTA A PLAZOS DE COSA MUEBLE. (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1999.)

Ponente: Excmo. señor don Xavier O'Callaghan Muñoz.

El Juzgado de 1.^a Instancia, número 15, de los de Valencia, en sentencia de 8 de febrero de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 6.^a), en sentencia de 18 de octubre de 1994, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Objeto de la litis.—El punto esencial de esta tercería se halla en el leasing o arrendamiento financiero o arrendamiento con opción de compra, contrato que tiene por objeto exclusivo la *cesión del uso* de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad, según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas, a lo que se añade una opción de compra, a su término, en favor del usuario.

Doctrina de la Sentencia.—El **concepto y función** de la tercería de dominio ha sido clarificado a través de reiterada jurisprudencia de la Sala —sentencias de 19 de mayo de 1997, 16 de julio de 1997, 11 de marzo de 1998 y 28 de octubre de 1998—, destacan que la naturaleza es de acción declarativa de propiedad, cuyo objeto es la declaración de propiedad del demandante tercerista y el levantamiento del embargo trabado a instancia del codemandado sobre el bien que aparecía como propiedad del otro codemandado.

La Disposición Adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, implica que la entidad de leasing es la titular dominical del bien que, si es embargado, podrá ejercitar con éxito la tercería de dominio. Se trata, pues, de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes con reserva de dominio, ya se entienda que el leasing constituye un negocio mixto en el que se funde la cesión de uso y la opción de compra con causa única, ya se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial. El parecer más autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el leasing opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, aplicación ésta ajena a la intención y querer de las partes y a no venir el arrendamiento financiero o leasing como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad

económica perseguida por una y otra operación es distinta; y contrato, igualmente, distinto del préstamo de financiación al comprador, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado su importe por el precio aplazado de la compraventa y estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo.

LITISCONSORCIO NECESARIO INEXISTENTE. EL CONTRATO VINCULA A LAS PARTES. MOTIVO SIN LAS PRECISIONES EXIGIBLES. (SENTENCIA DE 19 DE JULIO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia, número 1, de los de Navalcarnero, en sentencia de 21 de enero de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.^a), en sentencia de 16 de noviembre de 1994, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Objeto de la litis.—El problema litigioso surge, entre las partes, por discrepancias sobre la validez del contrato privado (la demandada reconviniendo alega su nulidad) y por ello, sobre su cumplimiento.

El núcleo del litigio se centra en la declaración de validez y en la necesidad de cumplimiento de un contrato complejo de enajenación de un solar al actor por parte de la demandada a cambio de un 20 por 100 de la edificación a realizar por el actor en dicha finca, concretado en dieciséis viviendas, dependiente para su eficacia última de que el actor llevase a buen término las gestiones precisas con el Ayuntamiento para obtener por su cuenta el derecho a edificar un determinado número de viviendas y la licencia de obras oportuna. Consecuentemente, con lo estipulado, el actor celebró «convenio urbanístico» con el referido Ayuntamiento y transmitió al mismo la finca adquirida, reconociendo dicho Ayuntamiento el derecho a edificar 246 viviendas, y éste le «transmite un solar apto para ubicar las referidas edificaciones». Con fecha 2 de abril de 1990, las partes litigantes «adicionan al contrato concertado en abril de mil novecientos ochenta y nueve, una cláusula por la que el porcentaje del 20 por 100 queda concretado en ocho viviendas». Posteriormente, con fecha 3 de febrero de 1992, otorgan escritura pública por la que dicen las partes permutarse entre sí la plena propiedad de las fincas objeto del anterior convenio urbanístico conforme a la escritura.

Doctrina de la Sentencia.—Planteado el estado de cosas, así entre las partes, la cuestión litigiosa y sus relaciones internas no son determinantes de una situación jurídica inescindible que haga necesario el litisconsorcio en lo que se refiere a la pretensión deducida concretada sustancialmente en la validez del referido contrato *inter partes*, la declaración relativa a que se ha producido una modificación en cuanto a la obligación de transmitir al actor, «no la finca inicialmente convenida», «sino las fincas inscritas en el Registro de la Propiedad». Además, es evidente que el Ayuntamiento nunca se vería afectado por la resolución que recayese en autos al estar bien constituida la relación jurídico-procesal, ya que de las pruebas practicadas, apreciadas en su conjunto, se desprende que con fecha 13 de abril de 1989, se otorgó por las partes un contrato privado, pues por dicho contrato se facultó al actor como adquirente

de la finca para obtener la permuta o licencias con el Ayuntamiento al objeto de realizar la edificación lo más intensiva posible, por lo que en cumplimiento del referido contrato, el actor mantuvo una serie de contactos con el Ayuntamiento, contactos que fructificaron en un convenio urbanístico firmado el 22 de marzo de 1990, y en el que fueron partes de un lado el actor y de otro lado el Alcalde, convenio éste por el que el actor transmitió la finca objeto del contrato privado, y a cambio se le permitía edificar 246 viviendas en un solar, por lo que encontrándose inscrita la finca a nombre de la demandada y en cumplimiento de lo comprometido en el documento de 13 de abril de 1989, el 3 de febrero de 1992 se consumó el convenio de fecha 22 de marzo de 1990, otorgando escritura pública entre el Ayuntamiento y la demandada, donde se permutaron las referidas fincas, debido a lo cual la demandada adicionó el contrato de 13 de abril de 1989 con una cláusula donde no sólo se reconocían tales circunstancias, sino que aceptó que las viviendas a las que tenía derecho quedaban reducidas a ocho.

MANDATARIO VERBAL: EL TERCERO CONTRA QUIEN SE DIRIGE, EXIGIÉNDOLE UNA CONDUCTA, TIENE LA FACULTAD DE EXIGIRLE LA ACREDITACIÓN DE SU PODER. (SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia, número 1, de los de Alcobendas, en sentencia de 30 de diciembre de 1993, estima la excepción de falta de acción de la actora en la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20.^a), en sentencia de 4 de octubre de 1994, estima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Se cuestiona la validez de un mandato verbal para dar por cumplido el requisito de procedibilidad que impone el artículo 27 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, para ejercitar la acción de rectificación de una publicidad, pues no hay duda de que el mandato, para realizar determinada gestión, puede otorgarse verbalmente —art. 1.710 del Código Civil—, pero el poder para obrar frente al tercero exigiéndole la observancia de una conducta en nombre del poderdante está sometido a la regla de forma del artículo 1.280.5 del Código Civil en cuanto aquel encargo le perjudica. No puede haber confusión entre los artículos 1.790 y 1.280.5 porque se refieren a dos conceptos distintos: MANDATO Y REPRESENTACIÓN. El representante habrá de acreditar su representación del modo previsto legalmente si le es exigido por el tercero. Lógico y ajustado a la buena fe resulta que quien es requerido para observar una conducta en nombre del poderdante compruebe la existencia del poder en favor del que se la exige, y esto es lo que hizo la sociedad recurrente al contestar al requerimiento notarial de la actora por la vía del mandatario verbal.

SUBASTA CELEBRADA SOBRE EL MISMO BIEN INMUEBLE CON POSTERIORIDAD A OTRA. NULIDAD DE LA PRIMERA POR FALTA DE CONSUMACIÓN DE VENTA. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia, número 11, de los de Valencia, en sentencia de 5 de octubre de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provin-

cial de Valencia (Sección 7.^a), en sentencia de 21 de noviembre de 1994, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera.

Doctrina de la Sentencia.—Según reiterada jurisprudencia de la Sala en sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1986, 11 de abril y 17 de noviembre de 1992, 8 de marzo de 1993 y 25 de marzo de 1994, entre otras, la tipificación de la doble venta requiere para su existencia que cuando se perfeccione la segunda venta, la primera no haya sido consumada todavía. Tal exigencia conduce a la cuestión planteada en el motivo, esto es, si la primera venta se consumó efectivamente. En nuestro sistema jurídico, el contrato de compraventa no transmite la propiedad si no va seguido de la tradición. Con razón establece la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de diciembre de 1986, que la venta es por definición un acto de enajenación, puesto que su finalidad es la traslativa del dominio que se consuma mediante la entrega de la cosa. En el supuesto de subasta de bienes inmuebles, la aprobación del remate equivale al perfeccionamiento de la operación, en tanto que la escritura sería la operación de consumación del acto procesal enajenatorio. Tal criterio obedece a una larga tradición legal que recoge que en cualquier tiempo de la causa ejecutiva, aún después de la sentencia de remate, con tal que no se haya hecho pago ni dado posesión de bienes, se ha de admitir la oposición de tener opositor que viene pretendiendo el derecho de los bienes ejecutados, y ello pues el artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil después de ordenar que las tercerías 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 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 esta formalidad acto de perfeccionamiento y no de consumación del contrato de compraventa, y no obstante el principio de la irrevocabilidad de la venta, una vez celebrado el remate que sanciona el artículo 1.498 de la propia Ley Procesal por referirse, evidentemente, a los contratantes con exclusión por lo tanto de los terceros. Doctrina esta que se ha mantenido continuamente en sentencias del Tribunal Supremo, de 16 de julio de 1982 y 10 de diciembre de 1991. En la actualidad, después de la Ley 10/1992, la modificación introducida que elimina la «escritura» y revaloriza el auto de aprobación del remate al configurar el testimonio del mismo con las circunstancias que expresa, en «título bastante» para la inscripción registral, no significa que se trastoquen los conceptos legales a que responde el sistema, pues sigue siendo el momento en el que el adquirente entra en posesión civilísima del inmueble el que hace claudicar la oportunidad de la tercería de dominio. Así pues, promulgada la Ley 10/1992, la consumación de la enajenación se produce conforme al artículo 1.514, con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y de más requisitos —art. 1.515—. La doctrina científica actual, al comentar el nuevo artículo 1.514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sus diferencias en el artículo 131.17 de la Ley Hipotecaria, mantiene que «salvando las diferencias que impone el ámbito procesal en que se desarrolla la subasta judicial, hay que entender que la expedición del testimonio, en el que se documenta la venta judicial, produce la tradición simbólica prevista en el artículo 1.462.2 del Cód-

go Civil, análogamente a como sucedía anteriormente cuando se documentaba mediante escritura pública». Los cambios introducidos por la reforma no han alterado el momento de perfeccionamiento y tradición. La venta se perfecciona con la aprobación del remate y se produce la tradición con la plasmación de la venta 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 compraventa, ya perfeccionada con anterioridad. La subasta judicial es un negocio jurídico formal donde rige para la plena producción de efectos la sujeción al principio de legalidad, de manera que sus requisitos son garantías de la seriedad de la oferta pública que la caracteriza y del cumplimiento de todas sus formalidades, precisamente para evitar, entre otros, caso como el que ahora nos ocupa. No cabe, por ello, asimilar en un todo el negocio jurídico privado de compraventa a la venta forzosa en subasta pública, pese a la aplicación analógica y subsidiaria de la normativa del Código Civil. No vale, en suma, como modo la posesión que no se otorgó conforme a las formalidades exigibles, ni según título, sin aptitud, para producir la inscripción registral.

La similitud del caso, con los supuestos de «doble venta» a que se refiere el Código Civil en su artículo 1.473, obliga a tomar en cuenta su solución adaptada a nuestro caso y salvadas las diferencias entre unas ventas voluntarias y unas enajenaciones forzosas, coincidiendo, además, el requisito jurisprudencial de la buena fe en los adquirentes. La buena fe exige, en el segundo comprador, ignorancia de que la cosa adquirida haya sido objeto de una venta anterior desconociendo que podría ser apreciado según la expresión del Derecho histórico para descubrir la mala fe.

NO PUEDE PROSPERAR UNA DONACIÓN SI AL HACERLA EL DEUDOR DONANTE NO SE HA RESERVADO BIENES BASTANTES PARA PAGAR SUS DEUDAS ANTERIORES A ELLA. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia, número 1, de los de Manzanares, en sentencia de 16 de marzo de 1994, estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Ciudad Real (Sección 2.^a), en sentencia de 5 de octubre de 1994, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación ha lugar parcialmente.

Basefáctica.—Analizando el *petitum* de la acción ejercitada, se advierte que pretende se declare la ineficacia de ciertas donaciones para que reviertan los bienes donados al patrimonio del deudor. Además, la apreciación de la existencia de un enlace preciso y directo entre el hecho probado y el deducido corresponde al Tribunal de instancia y sólo podrá destruirse si se demuestra que el criterio seguido ha sido ilógico o absurdo, cosa que no ha ocurrido en el caso de autos.

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina de la Sala la de que no es necesario realizar una previa persecución de los bienes del deudor para acreditar su insolvencia, pues dicha insolvencia resulta probada por su imposibilidad de hacer frente a los créditos pendientes. Además, se presume siempre hecha la donación en fraude de acreedores cuando al hacerla el deudor no hubiera

reservado bienes bastantes para pagar sus deudas anteriores a ella, pues siempre que el donante-deudor no se reserve una cobertura suficiente frente a su pasivo anterior, la presunción de fraude es inevitable; siempre, es decir, en cualquier caso de donación que no respete la preferencia de los acreedores anteriores frente a los donatarios enriquecidos sin causa lícita.

DECLARADO NULO DE PLENO DERECHO UN CONTRATO PRIVADO DE COMPRAVENTA, RESULTAN TAMBIÉN NULOS LOS ACTOS QUE TRAIGAN CAUSA DE EL, DEBIENDO CANCELARSE LAS INSCRIPCIONES REGISTRALES A QUE HUBIESE DADO LUGAR. (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1999.)

El Juzgado de Primera Instancia, número 8, de Las Palmas de Gran Canaria, en sentencia de 3 de febrero de 1997, estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 1.^a), en sentencia de 7 de julio de 1997, estima los recursos de apelación interpuestos.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—No debe ceñirse el tribunal a una sumisa obediencia de una pretensión errónea de las partes, sin que su decisión atente contra el principio dispositivo o la exigencia de justicia rogada. Paralelamente a esto, decir que si los bienes son gananciales porque fueron adquiridos a título oneroso constante matrimonio a costa del caudal común, es indiferente que se incluyan o no en el inventario partible, porque aunque se omitan en el relato de los bienes gananciales, siguen no obstante conservando ese carácter en tanto no se distribuyan entre los cónyuges como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

Además, del iter de la sentencia se deduce que es correcto apreciar simulación en un pretendido contrato de compraventa en el que no puede demostrarse que haya intervenido un precio cierto como contraprestación porque se está encubriendo un acto lucrativo y que, por ello deviene además en un contrato sin causa.

I. M. G.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA PROPIETARIA HA RECONOCIDO COMO ARRENDATARIO AL DEMANDANTE, SIN PERJUICIO DE QUE LOS RECIBOS SE EXPIDIESEN A NOMBRE DE LA MADRE DEL ACTOR. (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1998.)

El Juzgado de Coin desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No prospera la casación. El arrendamiento concertado lo fue con anterioridad al año 1930, con el padre del hoy actor, y en el año 1984 se demandó a dicha persona como arrendatario para actualizar la renta. Por ello, a la fecha del fallecimiento se subroga en el contrato arrendaticio, lo que no puede rebatirse en base a tener por subrogada a la madre del demandante por expedirse a su nombre los recibos de las rentas, ya que, sin desconocer la realidad de dichos recibos, por un lado no se hace constar el carácter con el que efectúa el pago y, por otro, aun cuando se entendiese que lo era como arrendatario, entraría en contradicción con el hecho de que la arrendadora en el año antes citado tuviese por tal al hoy demandante, contradicción que debe resolverse en favor de la persona referida en el litigio, haciéndose constar así en el escrito de demanda.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL ARRENDAMIENTO ESTA EXCLUIDO DE LA LAR POR TENER LA FINCA UN VALOR SUPERIOR AL DOBLE DEL QUE TIENEN LAS DE SU MISMA CALIDAD Y CULTIVO EN LA COMARCA O ZONA. (SENTENCIA DE 11 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado número 2 de Murcia desestimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la anterior.

No procede la casación. Se rechazó el acceso a la propiedad por no ser aplicable la LAR, ya que la finca tenía un valor en venta superior al doble del precio correspondiente en la comarca o zona a las de su calidad o cultivo. La prueba pericial es de apreciación libre, siendo valorable por el juez, según su prudente criterio, por lo que no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido. Ni el artículo 1.242 y 1.243 del Código Civil ni el artículo 632 LEC tienen el carácter de preceptos valorativos de la prueba a efectos de casación. Las reglas de la sana crítica no están codificadas, sino que han de ser extendidas como las más elementales directrices de la lógica humana, y por ello es extraordinario que pueda revisarse la prueba, pudiendo únicamente impugnarse si la valoración es contraria a la racionalidad, lo que no se da en la sentencia de instancia. El valor agrario de los terrenos, determinado por los peritos —ingenieros agrónomos— es correcto, pero el valor en venta es superior al doble del antes referido, como estima la Audiencia a la vista del informe del arquitecto, designado por las partes, conocedor de la zona, que considera a los terrenos edificables próximos a la capital que reciben una presión constructora, donde existen viviendas unifamiliares y se ubica un colegio, disfrutando de servicios urbanísticos, como reconoció el actor al absolver posiciones, por lo que la Audiencia valora la prueba en conjunto, llegando a la conclusión de que las tierras litigiosas valen más del doble que otros terrenos sitos en la misma zona, de idéntica calidad o cultivo, aun en el supuesto que no alcance el precio que indica el perito último.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL ACTOR OCUPABA LA FINCA EN VIRTUD DE UNA RELACIÓN DE CONVIVENCIA FAMILIAR DEBIDA A LOS LAZOS DE PARENTESCO QUE LO UNÍAN CON EL PROPIETARIO SIN QUE SE PRUEBE LA EXISTENCIA DE ARRENDAMIENTO, QUE CONCEDERÍA EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1998.)

El Juzgado número 9 de Bilbao estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No prospera la casación. La prueba de presunciones ha de someterse a la lógica de operación deductiva, existiendo multitud de sentencias en que se reserva para la instancia la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles, siendo el juicio de valor reservado al juez, merecedor de respeto mientras no se acredite su irrazonabilidad. El recurrente enfrenta su deducción a la de la sala *a quo*. Ante la falta de una prueba directa que acredite la existencia de un arrendamiento anterior al 15 de marzo de 1935, dice la sentencia que existe una presunción de convivencia familiar y, por tanto, la gratuidad de la convivencia del actor y sus progenitores que obliga al actor a su destrucción en cuanto se pretende sentar la existencia de una relación arrendaticia en tal convivencia en el caserío. Corresponde al actor que pretenda el acceso a la propiedad, la prueba de la existencia de un contrato con la antigüedad establecida. El juzgador de instancia llega a la conclusión de que la ocupación por los padres del actor obedece a la relación familiar que existe entre el recurrente y sus padres y los antecesores del actual copropietario, teniendo en cuenta el tracto dominical y la forma en que los padres del actor ocuparon las fincas y que la madre de éste continuó viviendo con sus padres en el caserío, después de casada, no como arrendataria sino en virtud del parentesco que los unía, así como que el padre del codemandado permitiera a su tía, hermana de su madre, continuar en el caserío, sin exigirle el pago de cantidad alguna.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—NO PROCEDE ESTE DERECHO POR HABERSE PRODUCIDO MÁS DE UNA SUCESIÓN MORTIS CAUSA EN EL CARÁCTER DE ARRENDATARIO, LO QUE NO PERMITE LA LAR, YA QUE EL ACTUAL SERIA UN CONTRATO NUEVO EN EL QUE NO SE DAN LOS REQUISITOS DE ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1998.)

El Juzgado número 1 de Azpeitia estimó la demanda y la Audiencia admitió en parte la apelación, en cuanto al valor que corresponde abonar por dicho derecho.

Triunfa la casación. Aunque el Juzgado estimó que el actor tenía derecho al acceso a la propiedad por tratarse de un arrendamiento del que se ha perdido memoria de su origen y es profesional de la agricultura, la realidad es que jamás se notificó a ninguno de los propietarios, no ya la subrogación, sino ni siquiera el hecho del fallecimiento del anterior arrendatario, habiéndose conocido que el padre del actor falleció tres años antes de la presentación de la demanda de acceso a la propiedad ante la Junta Arbitral de Arrendamientos Rústicos de Guipúzcoa, careciendo el demandante de la condición de arrendatario del caserío por haberse producido más de una sucesión *mortis causa*. El padre del actual supuesto arrendatario no fue el primer arrendatario del caserío sino que había sucedido a su mujer y a su suegra, lo que significa que el demandante sería el tercer sucesor *mortis causa* en el arrendamiento, cosa que no se permite en la LAR, ni menos en la legislación común a la que estaba sometido el arrendamiento en la fecha del fallecimiento del arrendatario sin el consentimiento expreso del arrendador, por lo que no se prorrogaría el contrato sino que se concertaría un nuevo contrato de arrendamiento en

que, en ningún caso sería inmemorial ni daría derecho alguno de acceso a la propiedad.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—AUNQUE LA LAR EXCLUYE DE SU APLICACIÓN LA CESIÓN DE USO POR MÁS DE DOCE AÑOS A PLANTACIONES DE VIÑAS, NARANJOS, OLIVOS Y OTRAS ESPECIES NO FORESTALES, ESTO SE REFIERE AL CULTIVO INICIAL, PUDIENDO EL ARRENDATARIO MODIFICAR ESE CULTIVO DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO, LO QUE ES APLICABLE TAMBIÉN A LA APARCERÍA. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1998.)

El Juzgado número 1 de Gavá admitió la demanda y la Audiencia confirmó, pero extendiendo el derecho de acceso a otras fincas además de la admitida en primera instancia.

No procede la casación. La LAR evita la sumisión a la Ley especial de aquellos arrendamientos donde concurre esta doble circunstancia: pacto de cesión por más de dos años y finalidad de plantación de viñas, naranjos, olivos y otras especies no forestales, pero no hay evidencia sobre el inicial objeto de cultivo y el arrendatario, que es el empresario agrícola, dirige la explotación de la finca poseyendo derecho a la elección de cultivo, lo cual supone que asimismo puede cambiarlo. Aunque el contrato fuese de aparcería, como dice la sentencia de apelación, igualmente tendrá derecho de acceso, como dice el artículo 118 LAR, ya que, con carácter supletorio, según el artículo 106 se aplican a la aparcería las normas de arrendamiento. Tampoco puede admitirse la proximidad al casco urbano de una pieza de tierra porque la LAR no tiene reglas para las fincas cercanas al núcleo urbano, pues sólo menciona a las que, por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, tienen un valor superior en venta al doble del precio que correspondería en la zona a las de su misma calidad o cultivo, y la sentencia de instancia ha dicho que es insuficiente la poca distancia entre la finca y el núcleo urbano para determinar el aumento de valor, por esta sola circunstancia. Las consecuencias de la falta de prueba en este tema, según el artículo 1.214 del Código Civil recaen sobre el recurrente.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL DEMANDANTE NO TIENE LA CONDICIÓN DE CULTIVADOR DIRECTO PERSONAL, IMPRESCINDIBLE PARA TENER DERECHO AL ACCESO A LA PROPIEDAD. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado número 2 de Amurrio desestimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No se admite la casación. Es requisito imprescindible, según el artículo 99 LAR, que el arrendatario sea cultivador personal de la finca, lo que es distinto del concepto de «profesional de la agricultura», ya que esa exige la simple preferencia a la actividad agraria respecto a otras, y aquél necesita la exclusividad de la dedicación a la agricultura. De la sentencia recurrida se deduce que el recurrente-arrendatario, desde 1980 a 1985, fue trabajador por cuenta ajena en una empresa industrial y que más tarde llegó a la situación de pensionista, sin que existiera dato alguno que lo relacionara con una actividad agrícola. Todo

ello hace que no se le pueda estimar cultivador personal a tenor del artículo 16 y por tanto con la suficiente capacidad jurídica para acceder a la propiedad, puesto que no cumple el requisito esencial del artículo 99 LAR.

Arrendamientos urbanos

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—NO EXISTE CONSENTIMIENTO EXPRESO PARA LA REALIZACIÓN DE OBRAS QUE ADEMÁS EXIGIRÍAN EL DEL PROPIETARIO MEDIANERO, YA QUE SE RELACIONAN DOS PISOS PERTENECIENTES A DISTINTAS FINCAS. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado número 36 de Barcelona estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No prospera la casación. De la condición 17.^a del contrato no se desprende la autorización expresa para la ejecución de obras, consistentes en la apertura de dos puertas en la medianería del local arrendado en el número 17 para comunicarlo con el del número 19, ya que la cláusula 5.^a establece que, sin previo permiso escrito del arrendador, se prohíbe expresamente la realización de obras de cualquier género y la modificación o sustitución de las instalaciones. Además del consentimiento del arrendador requería la voluntad del propietario de los dos pisos, estando demostrado que negó la actora su consentimiento, pues las únicas obras son las que fueran susceptibles de ser retiradas por el arrendatario pero que en ningún caso modifican la configuración del local, facultades que ni siquiera tenía el arrendador. No cabe una interpretación *contra legem* que involucre a un tercero. La autorización para obras puede ser expresa o tácita, pero la primera no existe y la segunda ha de derivarse de actos que hagan ver claro la voluntad del agente, sin que exista ninguno que permita deducir la autorización para obras, abriendo huecos en la medianería, máxime cuando tampoco consta el concurso de la voluntad de los otros medianeros sin que tales obras fueran, por otra parte, necesarias para el fin del contrato, siendo más lógico pensar que el arrendatario oculte la realización de tales obras para que no llegase a conocimiento de ninguno de los propietarios, que no podían concederle autorización por separado sin que se recabase la misma de modo expreso por este motivo.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—EL CONTRATO DE FRANQUICIA NO DEBE CONSIDERARSE COMO UN TRASPASO A FAVOR DE LA ENTIDAD QUE CONCEDE LA FRANQUICIA Y POR TANTO NO DETERMINA LA RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1998.)

El Juzgado número 48 de Barcelona desestimó la demanda pero revocó la Audiencia.

Triunfa la casación. El contrato de franquicia debe estimarse enclavado dentro del área de los atípicos. Este contrato es el que se celebra entre dos partes, jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas (franquiciador) otorga a la otra (franquiciado) el derecho a utilizar, bajo determinado control y por un tiempo y zona delimitada, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios contra entrega

por éste de una contraprestación económica. Un contrato de franquicia celebrado entre el arrendatario del local como franquiciado y la sociedad franquiciadora debe, *per se*, no ser estimado como un traspaso y, en consecuencia, no puede constituir causa de resolución. El franquiciador no se introduce en el uso o disfrute del local arrendado, en el que el franquiciado tiene establecido su negocio de venta de mercaderías. El beneficio que tiene el franquiciador no se deriva del uso del local sino de la dinámica propia del suministro que hace a la entidad arrendataria de las mercaderías, que ésta revende en su establecimiento, pues de entenderlo así no podría ejercerse el comercio «al por menor» o «detall» en un local arrendado, sin que ello comporte un subarriendo, traspaso o cesión inconstentida de derecho local, ya que todo comerciante ha de comprar las mercaderías a un mayorista para venderlas en su establecimiento, y ésta es la esencia del comercio «al por menor».

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—EXISTIA UNA ACTIVIDAD MÍNIMA PERO COMPLEMENTARIA DE LA PRINCIPAL, POR LO QUE NO SE DABA EL NO USO O CIERRE DEL LOCAL QUE HUBIERA SIDO CAUSA DE RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1998.)

El Juzgado número 16 de Valencia estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No se admite la casación. El Juzgado de 1.^a instancia estimó la resolución por no ocupación durante más de seis meses en el curso del año, siendo revocada por la Audiencia. Considera el recurrente que ese uso residual o esporádico del local y de modo o forma anormal a como se venía utilizando, equivale a cierre, ya que se usa como depósito. Pero la estipulación primera del arrendamiento autoriza una actividad complementaria o afín al negocio bancario. Los recibos de teléfono acreditan que hubo un uso continuado que descartan la idea de abandono y revalorizan una actividad, lo mínima que se quiera, pero autorizada contractualmente. A la actora correspondía acreditar otra prueba que demuestre el no uso del local en absoluto, para contrarrestar la prueba de la demandada que le es desfavorable del uso del teléfono. A la actora corresponde probar los hechos constitutivos de su acción.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—LA TRANSMISIÓN DE LAS ACCIONES DE UNA SOCIEDAD ANÓNIMA POR UNO DE LOS SOCIOS, VULNERANDO LO PACTADO EN EL CONTRATO EN EL SENTIDO DE QUE DICHO SOCIO DEBERÍA TENER LA MAYORÍA DEL CAPITAL SOCIAL, DA LUGAR A LA RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1998.)

El Juzgado número 23 de Barcelona estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

No se admite la casación. La cuestión se centraba en la interpretación de la cláusula 7.^a del arrendamiento primitivo, que decía: «Al objeto de evitar que la simple cesión o transmisión de las acciones de los socios don Andrés, don Manuel y doña Pilar implique el traspaso del local, se establece que en el caso de cesión que no sea *mortis causa* o ampliación del capital social la mayoría debería ostentarla doña Pilar, ya que de lo contrario deberá considerarse

traspaso prohibido por voluntad de los otorgantes», aunque fue novado en 1980, en el sentido de que para evitar el traspaso al margen de la LAU mediante cesión de las acciones de la sociedad a terceras personas, doña Pilar deberá ostentar la mayoría del capital social, no pudiendo transmitir, salvo en el supuesto de sucesión *mortis causa*. Caso de transmitirse de otra forma, se considera prohibida, teniendo la propiedad el derecho de tanteo o la percepción que corresponda, según Ley a cuyo efecto deben notificarse cualquier cesión o transmisión de acciones. El recurso se funda en que la sentencia conculca la reiterada doctrina jurisprudencial de que no cabe apelar a motivos de desahucio no establecidos en el artículo 114 LAU, aunque resulten del Código Civil, artículo 3.º, por transgresión del artículo 51 LSA, ya que la sentencia viene a declarar que un simple mandato verbal puede crear acciones privilegiadas sin las formalidades legalmente establecidas para modificar los estatutos, así como en la cita de los artículos 66 y 117 de la Constitución, reiterando la tesis de que los tribunales no pueden establecer una nueva causa de desahucio, pero se desestima, por ser cuestiones *ex novo* no planteadas antes, y que no pueden ser consideradas en la casación.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—NO HA SIDO DEMANDADA LA ÚNICA ARRENDATARIA EXISTENTE EN EL MOMENTO DEL LITIGIO, POR TRATARSE DE CONSORCIO «LITIS PASIVO» NECESARIO.

El Juzgado número 1 de Las Palmas estimó la demanda y confirmó la Audiencia.

Triunfa la casación. La sentencia de 1.ª instancia desestima la primera de las acciones ejercitadas, porque considera probado que entre 1986 y 1988 se produjo la cesión del arrendamiento litigioso, por parte del primitivo arrendatario en favor de una entidad mercantil, pero dicha cesión fue efectuada con el consentimiento del que era arrendador —padre de la demandante y actual arrendadora— en la fecha en que la misma tuvo lugar, lo que confirma la sentencia recurrida. La única arrendataria en la fecha de inicio de este proceso —1990— era dicha entidad mercantil y, siendo así, al haber ejercitado en este proceso, además de la primera, una segunda acción de resolución del contrato de arrendamiento litigioso, con base en la causa 7.ª del artículo 114 LAU, es indudable que ha de afectar a la única arrendataria que no ha sido demandada, por lo que nos hallamos ante una situación de «litisconsorcio» pasivo necesario que incluso debía ser apreciado de oficio.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—LA TITULARIDAD ARRENDATICIA CORRESPONDE A DOS PERSONAS FÍSICAS Y PUEDE EJERCERSE POR LAS DOS A LA VEZ O POR UNA DE ELLAS, PERO NO SE PUEDE HABLAR DE CESIÓN CUANDO CEDENTE Y CESIONARIO ESTÁN EN LA MISMA TITULARIDAD DE UN DERECHO CONCRETO. (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1997.)

El Juzgado número 1 de La Orotava estimó la demanda, pero revocó la Audiencia.

No se admite la casación. En el local ocupado por la parte recurrida se ha construido una cubierta que ha ampliado considerablemente dicho local, o

sea, que se han realizado obras que modifican esencialmente el objeto arrendado, que se hicieron entre 1973 y 1982, y que se ignora si es el propietario actual o el anterior el que tuvo que dar el consentimiento, ya que el nuevo tuvo acceso a la propiedad en 1981, por lo que no procede valorar de nuevo la prueba, ya que la casación no es una tercera instancia. El contrato fue suscrito por la parte recurrida y por otra persona, y ésta no participaba en el negocio, pero esto no puede originar una cesión inconsentida porque la titularidad arrendaticia corresponde a dos personas físicas y puede ejercitarse por las dos a la vez o por una de ellas, pero no se puede hablar de cesión cuando cedente y cesionario están en la misma titularidad de un derecho concreto, coincidiendo el cedido con el cedente, no como persona física pero sí como titular de arrendamiento.

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.—POR TRATARSE DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA SE EXTINGUE TRANSCURRIDO EL PLAZO CONVENCIONADO Y SUS PRORROGAS, SIN QUE SEA DE APLICACIÓN EL ARTICULO 57 LAU. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1998.)

El Juzgado de San Bartolomé de Tirajana, número 2, estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No procede la casación. La literalidad del contrato se impone por aplicación del artículo 1.281 del Código Civil y determina que lo que se arrendó fue la industria de café-bar con el local donde se desarrolló tal actividad. El vencimiento del contrato se pactó para el 15 de junio de 1986, sin necesidad de aviso ni requerimiento alguno a cargo de la parte arrendadora, y la continuidad contractual tuvo lugar en virtud de las prórrogas anuales pactadas que figuran en el documento, por lo que no se trataba de prórroga forzosa y hace inaplicable el artículo 57 LAU. La jurisprudencia proclama que los arriendos de locales para negocio se diferencian de los de industria en que en los primeros lo que se cede es el elemento inmueble, y en los segundos, el objeto está determinado no sólo por el local, sino también por el negocio o empresa instalada y que se desarrolla en el mismo con los elementos necesarios para su explotación, conformando un patrimonio autónomo sin que sea preciso que el arrendador aporte todos los enseres y menajes para la actividad comercial a desarrollar, pues pueden ser ampliados o mejorados con los que aporte el arrendatario. Dicho contrato queda extinguido cuando expire el término convencional. Hay que tener en cuenta la excepción de cosa juzgada, ya que en un juicio de desahucio precedente se decidió la naturaleza del arrendamiento, calificándolo de industria, decretando, por transcurso del plazo, el desalojo de la misma y la extinción de la relación. Según ella, no se puede decidir en un proceso posterior una cuestión o tema litigioso, de manera distinta o contraria a como fue resuelta en pleito contradictorio anterior.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—ENVIRTUD DE LO DISPUESTO POR LAS CAUSAS 2.ª Y 5.ª DEL ARTICULO 114 LAU, RESULTA QUE LA SOCIEDAD EN LA QUE TENIA EL 50 POR 100 EL ARRENDATARIO PRIMITIVO NO TIENE SU DOMICILIO EN EL LOCAL Y SI LO TIENEN LOS CODEMANDADOS, POR LO QUE PROCEDE LA RESOLUCIÓN. (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1998.)

El Juzgado número 22 de Barcelona desestimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior.

No procede la casación. La sentencia de 1.^a instancia apreció la excepción de falta de «litis consorcio» pasivo necesario por no haber sido demandada la persona que intervino a nombre de la entidad arrendataria en el contrato suscrito en 1993, en cuyo contrato se especificó que no se considerara cesión ni subarriendo el hecho de que en la nave se domicilie cualquier otra sociedad, siempre que el 50 por 100 del capital social, como mínimo, perteneciente a dicho señor o a la propia entidad, rechazando la Audiencia la excepción de «litis consorcio» pasivo necesario y establece, en virtud de lo dispuesto en los números 2 y 5 del artículo 114 LAU, resulta que la arrendataria no tiene su domicilio en el local litigioso, mientras que sí lo tienen los codemandados, estimando por consiguiente la demanda. El recurso se funda en la existencia de «litis consorcio» pasivo necesario, pero hay que tener en cuenta lo dicho antes respecto a que este señor intervino exclusivamente a nombre de la primitiva arrendataria y sólo se ha de tener en cuenta la posibilidad de ocupar los locales por otras sociedades, siempre que en las mismas pertenezca a aquél o a la arrendataria el 50 por 100 o más del capital social.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—LAS OBRAS DE ADAPTACIÓN AL NUEVO DESTINO DADO AL LOCAL FUERON AUTORIZADAS Y PREVISTAS EN LA CLAUSULA 5.ª DEL CONTRATO, SIN QUE SUPONGAN MODIFICACIÓN DE LA CONFIGURACIÓN DEL INMUEBLE. (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1998.)

El Juzgado de Haro estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No se estima la casación. Las obras de adaptación al nuevo negocio, completamente distinto al que había ocupado anteriormente, que era de serrería, siendo el nuevo el de hostelería, fueron previstas y autorizadas en el contrato en la cláusula 5.ª, sin que supongan modificación de la configuración ni causen una debilitación de la naturaleza o resistencia de los materiales implicados en la construcción, por lo que no se da la causa de resolución pretendida en la demanda de obras in consentidas, pues las llevadas a cabo fueron las autorizadas como necesarias para adaptar el objeto del contrato al fin que se pactaba, el cual en la realidad práctica eran también conocidas por la arrendadora, que mostró una aquiescencia, al menos tácita, a las obras realizadas en el local arrendado.

C. R. R.