

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

Por ELENA MÚGICA ALCORTA

HIPOTECA MOBILIARIA: NULIDAD DE LA CONSTITUIDA SOBRE BIENES PREVIAMENTE EMBARGADOS. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha decantado por declarar la nulidad absoluta de los contratos de hipoteca mobiliaria sobre bienes anteriormente embargados, aunque el embargo no haya sido anotado en el Registro especial, si el acreedor conocía la existencia del embargo al tiempo de constituirse el gravamen; así, la sentencia de 14 de octubre de 1965, dice que para apreciar el valor que deba otorgarse, respectivamente, al embargo primitivo decretado judicialmente, aunque no anotado en el Registro de la Propiedad Mobiliaria y a las hipotecas debidamente inscritas con posterioridad a aquél, es preciso tener en cuenta que según el artículo 1 de la LHMPSD de 16 de diciembre de 1954, «podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre los bienes enajenables que, respectivamente, se mencionan en esta Ley», entre los que, evidentemente, no puede encontrarse un bien que está precedentemente embargado por mandato judicial, como se confirma con lo establecido en el artículo 2.º del mismo cuerpo legal, a cuyo tenor «no podrá constituirse hipoteca mobiliaria ni prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados, pignorados o embargados», condición esta que se adquiere jurídicamente desde el momento mismo en que la autoridad judicial lo decreta al margen y con absoluta independencia de su anotación en el oportuno Registro, que se establece en el apartado letra *d)* del artículo 68 de la misma Ley, que no puede condicionar su existencia, ni tener con respecto a ella un valor constitutivo. Doctrina que se reitera en la sentencia de 19 de abril de 1971 que, con cita de la de 1965, niega validez a la hipoteca mobiliaria constituida sobre bienes previamente embargados, conociendo los terceros esta circunstancia. La sentencia de 29 de marzo de 1993 apoya, *a contrario sensu*, esta misma solución, ya que si declara la validez de la hipoteca mobiliaria fue en razón a que el embargo trabado sobre los bienes fue posterior a la constitución de la hipoteca.

Nula con nulidad absoluta la hipoteca constituida sobre bienes previamente embargados, conociendo esta circunstancia el acreedor embargado, no cabe que tal contrato sea susceptible de confirmación, expresa o tácita, al amparo del artículo 1.311 del Código Civil, ya que la confirmación es sólo aplicable a los contratos anulables a que se refiere el artículo 1.300 del Código Civil, no a aquellos viciados de nulidad absoluta o radical.

Comentario.—El artículo 2 LHMPD concuerda con el artículo 13, número 3 de la misma Ley, que exige en la escritura de hipoteca mobiliaria la declaración del hipotecante de que los bienes no están hipotecados, pignorados ni embargados. Sin embargo, el requisito de hallarse los bienes libres de toda traba para constituir hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento de posesión no ha sido bien acogido por la doctrina. Así, POVEDA MARTÍN lamenta que no se permitan las hipotecas sucesivas sobre bienes de quizá cuantiosísimo valor. Otros autores admiten la constitución de la garantía sobre bienes gravados cuando lo consienta el acreedor, en cuyo interés se halla establecida la norma (GARCÍA GARCÍA), o cuando se pacte la condición suspensiva de la remoción del gravamen previo (LARRONDO LIZÁRRAGA, comentando esta sentencia en el *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 79, mayo-junio 1998, págs. 298 y 299).

La contravención del precepto produce la nulidad absoluta por aplicación del artículo 6.3 del Código Civil (SSTS de 14 de octubre de 1965, 19 de abril de 1971, 3 de febrero de 1993, 3 de marzo de 1993, RDGRN de 16 de noviembre de 1972), si bien algunos sectores doctrinales se inclinan por la nulidad relativa (VALLET DE GOYTISOLO y PUIG BRUTAU), o por la posibilidad de ejercitar la acción revocatoria (LALAGUNA).

Tratándose de bienes anteriormente embargados, se abre además un debate en torno al momento en que comienza la prohibición del artículo 2 LHMPD. Se ha sostenido que la norma se aplica desde que se decreta la traba (SANTOS BRIZ, PUIG BRUTAU, PUIG PEÑA, VIOLA SAURET y la doctrina jurisprudencial de las SSTS de 14 de octubre 1965, 19 de abril de 1971 y la aquí reseñada de 23 de enero de 1998). Pero otra tesis (VALLET DE GOYTISOLO, Cossío, CAMY, SÁNCHEZ CAÑETE y POVEDA MARTÍN) defiende que la hipoteca constituida después del mandato judicial y antes de la anotación preventiva del embargo sería válida y de rango preferente.

TERCERÍA DE DOMINIO: INTERPUESTA POR PERSONA JURÍDICA. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1998.)

Desestimada la tercería de dominio por aplicación al supuesto contemplado de la doctrina jurisprudencial que, en determinados casos, permite penetrar en el *substratum* de la persona jurídica, tal aplicación no requiere negar la personalidad jurídica de la persona jurídica actora a la que han sido aplicados los bienes objeto de tercería por el deudor apremiado ni declarar la nulidad de la sociedad, sino que se trata, pura y simplemente, de declarar la inoponibilidad de ese acto de aportación de los bienes al acervo social frente a los acreedores del socio aportante que ven así alterado el régimen de responsabilidad universal de su deudor que establece el artículo 1.911 del Código Civil, quedando dicho deudor, como consecuencia directa de ese negocio jurídico de aportación, en una situación de insolvencia intencionalmente provocada.

POSESIÓN: NATURAL Y CIVIL. TRADICIÓN INSTRUMENTAL. (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1998.)

Frente a la alegación del recurrente en casación de que la posesión adquirida en escritura pública únicamente puede ser posesión civilísima y nunca material, se afirma que el artículo 430 del Código Civil admite la posesión natural y la civil, y que el artículo 1.462, párrafo 2.º del Código Civil dispone que cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario, lo que supone que el comprador, desde la plasmación documental, ha entrado en la posesión del bien adquirido.

USUCAPIÓN: BIENES DE DOMINIO PUBLICO. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1998.)

Los caminos o vías públicas tienen el carácter de bienes de uso público, teniendo en cuenta lo dispuesto en el actual Reglamento de Bienes de Entidades Locales de 13 de junio de 1986, y el artículo 74.1 del Texto Refundido de Régimen Local de 18 de abril de 1986, lo que les da un carácter de bienes imprescriptibles, salvo en el caso de que se produzca una desafectación, circunstancia esta que no ha logrado probar el interesado.

Pero es más, aún habiéndose dado en el caso litigioso una situación tácita de desafectación —se está hablando en pura hipótesis—, no hubiera transcurrido, ni con mucho, el tiempo preciso para consolidar dicha afectación, más el plazo necesario para la prescripción. Ya que dicha iniciación de plazo sólo hubiera podido empezar a correr a partir del año 1955, año en que entró en vigor el antiguo Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955, que estableció una posibilidad de desafectación de bienes de dominio público transcurrido el plazo de veinticinco años, y es entonces cuando hubiera empezado a contar el plazo de la prescripción adquisitiva.

OPCIÓN: PLAZO DE EJERCICIO. (SENTENCIA DE 30 DE ENERO DE 1998.)

El plazo para el ejercicio de la opción es un plazo de caducidad, como lo pone de manifiesto el artículo 14 RH y la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo. En los supuestos de opción no se produce prescripción, sino que el derecho se extingue por estar caducado. El término de duración del derecho de opción de compra se integra como requisito para el ejercicio vinculante del mismo y, a su vez, como condición que determina su existencia, lo que resulta conforme a doctrina jurisprudencial.

ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO: REQUISITO DE IDENTIFICACIÓN DE LA FINCA. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1998.)

La identificación de la cosa reclamada, requisito de toda acción reivindicatoria o declarativa de dominio, es una cuestión de hecho y, como tal, sujeta a la libre apreciación de los juzgadores de instancia, que sólo puede ser com-

batida en casación por la vía de la denuncia del error de derecho en la valoración de la prueba.

FE PUBLICA REGISTRAL: ÁMBITO. NO ABARCA LOS DATOS DESCRIPTIVOS DE LAS FINCAS.—ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITO DE IDENTIFICACIÓN DE LA COSA.—RECTIFICACION DEL REGISTRO: LEGITIMACIÓN PASIVA. (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1998.)

El ámbito protector de la fe pública registral no se extiende a los datos o circunstancias de mero hecho (extensión o cabida de las fincas, linderos de las mismas, etc.), sino sólo a los datos jurídicos (existencia del derecho real, titularidad y contenido del mismo).

La identificación de la cosa reivindicada (que constituye uno de los requisitos esenciales que condicionan la viabilidad de toda acción reivindicatoria) integra una cuestión de hecho de la libre apreciación de los juzgadores de la instancia y, como tal solamente susceptible de ser sometida a revisión casacional por la vía del error de derecho en la valoración de la prueba.

En los casos en que se pretenda judicialmente la rectificación de alguna inexactitud del Registro de la Propiedad, la demanda habrá de dirigirse contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho, según establece el antepenúltimo párrafo del artículo 40 LH, y es evidente que en dicha situación no se encuentran (en cuanto no les concede derecho alguno el asiento que se trata de rectificar) los que con anterioridad hubieran sido propietarios de la finca a que se refiere el aludido asiento.

ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS.—ADQUISICION DE DOMINIO: TÍTULO Y MODO.—FE PUBLICA REGISTRAL. (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1998.)

Debe recordarse, según línea clásica de la jurisprudencia sobre la acción reivindicatoria, que la apreciación en cuanto a la justificación del dominio por las pruebas practicadas, así como la de los demás requisitos esenciales para el ejercicio fructuoso de la acción, es de la exclusiva competencia del órgano jurisdiccional de instancia.

Una escritura de cesión onerosa de solar a cambio de un piso a construir no integra, en sentido estricto, título apto para que, unido al modo, provoque traslación de dominio a favor del adquirente. En puridad civil, esa escritura pública podrá ser calificada, y la doctrina discute sobre ello, de contrato de permuta, de contrato societario, de contrato de aparcería inmobiliaria, de *emptio spei*, o de *emptio rei speratae*, pero nunca será una compraventa obligacional en los términos previstos en el artículo 1.445 del Código Civil, ya que es patente que la obligación asumida por la constructora de entregar un piso no supone una cosa determinada sino total y absolutamente indeterminada, con lo que nos encontramos con una indeterminación del objeto de la compraventa que, a su vez, implica ausencia de título susceptible de constituir el precedente que, unido al modo, consolida la propiedad.

El artículo 34 LH, a diferencia del artículo 38, no contiene una presunción *iuris tantum*, sino una presunción *iuris et de iure* que no admite prueba en contrario porque así lo evidencia su tenor imperativo. En otras palabras y más

sencillamente, el tercero que adquiere confiado en los pronunciamientos registrales es inmune a cualquier acto de aniquilación del derecho de su transferente porque confía en el contenido tabular y como tal ha de ser protegido. Lo que ocurre es que, de entre los elementos integrantes de la protección derivada de la fe pública registral, el de buena fe tiene una formulación ciertamente presuntiva, pero como toda presunción que admite prueba en contrario desplaza la carga probatoria al contradictor, conforme al artículo 1.250 del Código Civil.

ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO: FINALIDAD. REQUISITO DE IDENTIFICACIÓN DE LA COSA. (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1998.)

La acción declarativa de dominio es una acción que tiene como núcleo claro el constatar un derecho de propiedad y tiene como finalidad obtener la declaración judicial de que el demandante es propietario de la cosa, y como requisito esencial, entre otros, el constituido por la necesaria e imprescindible identificación y delimitación exacta de la cosa.

HIPOTECA: APLICACIÓN DE LA LGDCU AL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1998.)

Al caso litigioso relativo a un contrato de préstamo hipotecario procede aplicar, como norma supletoria de carácter general, la vigente Ley 24/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en cuyo artículo 10, apartado c), números 3.º, 4.º y 5.º (redacción originaria anterior a la introducida por la Disposición Adicional primera de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de contratación) se recoge el espíritu de equilibrio equitativo entre las partes que debe presidir la contratación, evitando condiciones o interpretaciones abusivas o penalizaciones que no se correspondan con prestaciones adicionales, expresadas con la debida separación y claridad, y susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso.

RETRACTO DE COHEREDEROS: PAGO DEL PRECIO. PLAZO. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1998.)

Las condiciones de admisibilidad de los retractos son siempre cuestiones de hecho, por lo que corresponden a la competencia de los tribunales de instancia, a cuyas declaraciones habrá de estarse, salvo que pueda prosperar fundadamente su impugnación. Las condiciones o requisitos procesales de admisibilidad de las demandas de retracto se enumeran en el artículo 1.618 LEC, y el reembolso o pago efectivo del precio que figura en el artículo 1.067 del Código Civil viene referido, como precepto de derecho sustantivo, al resultado final del ejercicio del derecho de adquisición preferente, pero de ningún modo a los requisitos previos a la declaración o reconocimiento judicial de esta preferencia.

Para que comience a correr el plazo de caducidad legal de un mes, señalado para el ejercicio de la acción de retracto de coherederos, es requisito

indispensable que el retrayente tenga un conocimiento cierto, completo y total de todas las condiciones de la venta.

PROPIEDAD HORIZONTAL: FUENTES LEGALES.—CAMBIO DE DESTINO Y OBRAS EN ELEMENTOS PRIVATIVOS. (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1998.)

La LPH brinda una regulación que, por un lado, es suficiente por sí para constituir en lo esencial el sistema jurídico que presida y gobierne esta clase de relaciones comunitarias, hasta el punto de que la formulación de los estatutos no resultará indispensable, si bien éstos podrán cumplir la función de desarrollar la ordenación legal y adecuada a las concretas circunstancias de los diversos casos y situaciones.

Esto que proclama el Preámbulo de dicha LPH es perfectamente aplicable a la contienda judicial examinada, puesto que no han sido aportados a los autos los estatutos de la comunidad, por lo que habrá de estarse, para regular el funcionamiento de la comunidad de propietarios, a las normas de su constitución.

Cuando en el título constitutivo de la propiedad horizontal se habla de apartamentos, se ha de catalogar como sinónimo de vivienda, y si no se establece prohibición alguna para modificar el destino de dichas viviendas en locales de negocio, se podrá realizar plenamente a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 LPH, el cambio de destino, siempre que no se contravenga con ello lo dispuesto en el artículo 7 LPH.

Todo lo antedicho está corroborado por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en concreto la sentencia de 24 de julio de 1992, cuando en ella se dice que la Ley autoriza al propietario a la realización de obras en su piso que no alteren la seguridad ni la estructura general, ni su configuración o estado exteriores, y si además las obras son de carácter inocho, respecto a los elementos comunes materiales y elementos comunes estéticos, basta para su realización dar cuenta al presidente de la comunidad.

El referido artículo 7 LPH significa una declaración de los derechos de disfrute del titular sobre su inmueble, otorgándole las máximas posibilidades de utilización, con el límite representado tanto por la concurrencia de los derechos de igual clase de los demás cuanto por el interés general, que se encarna en la conservación del edificio y en la subsistencia del régimen de la propiedad horizontal, que requiere una base material y objetiva.

El cierre de la *terraza*, que todos los apartamentos del edificio poseen, no altera el aspecto de la fachada, y su obligado derribo contravendría el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 CE, en relación a los otros propietarios. Todo lo cual hace innecesaria la entrada en juego del artículo 11 LPH, cuando en el mismo se exige el consentimiento unánime y favorable de todos los comuneros, puesto que las obras realizadas no modifican el aspecto exterior del edificio.

ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO: NO DEBE CEDER ANTE LA ACTIO FAMILIAE ERISCUNDAE. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1998.)

Hechos.—*Actio communi dividundo* sobre inmueble perteneciente, en cuanto a una mitad indivisa, a uno de sus primitivos adquirentes; y en cuanto a

la restante mitad indivisa, a la comunidad hereditaria del otro adquirente, sobre cuya herencia yacente ha sido promovido juicio universal de testamentaria.

Doctrina de la Sentencia.—Cabe solicitar el salir de la situación de indivisión ejercitando el instrumento *ad hoc* para ello, como es la *actio communi dividundo*, que en caso alguno puede ceder ante la *actio familiae erciscundae* que correspondería a lo que se supone una situación diferente, y que se deriva, lógicamente, de una distinta titularidad sobre la cosa común, como es en el caso examinado una mitad para su primitivo adquirente y la otra para la comunidad hereditaria.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y SU IMPUGNACIÓN. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1998.)

El acuerdo de una comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, relativo al ejercicio de acciones para evitar la instalación de un garaje en el sótano del edificio, no puede ser eludido por mor de una vulneración del título constitutivo y de los estatutos o por constituir un dato impositivo de la realización de una actividad permitida por las ordenanzas municipales. Ya que lo contrario supondría maniatar la posibilidad de acceder a la jurisdicción y por ende el derecho a obtener una resolución fundada jurídicamente por el órgano jurisdiccional competente. Así se proclama en la sentencia del Tribunal Constitucional de 3 de diciembre de 1984 el derecho al acceso a la jurisdicción como núcleo esencial de la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.

El artículo 11 LPH se basa en la obligación que tienen todos los propietarios de los diferentes pisos y locales de conservar la esencia física de la finca; pero puede ocurrir que todos los propietarios estuvieran conformes en modificarla y, por ello, la Ley equipara este supuesto al de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, para lo que se necesitará, por tanto, la unanimidad de todos los propietarios, que se manifestará de forma expresa o tácita, y que fijará con exactitud la naturaleza de tal modificación.

El acuerdo unánime de todos los miembros de una comunidad de propietarios de realizar las obras de adaptación de un local del edificio para servir de garaje con finalidad de pública explotación, incluso aunque para ello tenga que destinarse parte de un elemento común, como es el portal, para el acceso peatonal al garaje, está dentro del derecho, estatutaria y administrativamente permitido, de dedicar un local del edificio al referido negocio, por lo que se puede afirmar la necesaria efectividad de dicho acuerdo.

TERCERÍA DE DOMINIO: OBJETO. (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1998.)

La acción de tercería de dominio, regulada en los artículos 1.532 y siguientes LEC, resuelve la cuestión de que, ante el embargo de un bien, el tercero que alega ser propietario —y que no lo es el demandado embargado— solicita se declare que él es el titular verdadero del derecho de propiedad y se alce el embargo trabado sobre su cosa. Se había mantenido que la tercería de dominio era una acción reivindicatoria en la que se sustituía la recuperación de la posesión por el alzamiento del embargo. Pero realmente, la verdadera

naturaleza de la tercería del dominio es de acción declarativa de propiedad (a favor del demandante-tercerista) y el levantamiento del embargo (trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era del otro codemandado). La jurisprudencia insiste en una idea: la acción de tercería de dominio, que no puede ser identificada con la reivindicatoria, aunque presente ciertas analogías con ella, tiene por finalidad principal, no ya la obtención o recuperación del bien, que generalmente posee el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo. La sentencia de 5 de diciembre de 1994, dice claramente que la acción de tercería de dominio hay que calificarla como meramente declarativa de dominio.

La función procesal de la tercería de dominio es la invalidación e ineficacia del embargo producido, o, en otras palabras, el alzamiento de la traba, la revocación de la decisión judicial del embargo; con lo cual, la tercería de dominio es una acción cuya función es cambiar los efectos de una resolución judicial, en este caso dejar sin efecto el embargo, con el alzamiento de la traba que había sido acordada. Lo que conduce a otra conclusión: el auténtico —necesario y suficiente— *petitum* de la demanda de tercería de dominio es que se alce la traba sobre los bienes embargados y cualquier otra petición es accesoria.

No cabe la tercería de dominio sobre un bien cuyo embargo ha sido levantado, pues el objeto prioritario de las tercerías es el levantamiento del embargo del bien trabado sobre el que aquél se proyectó. La doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo es concorde, firme y sostenida en cuanto proclama que cuando la tercería es de dominio, queda a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo contra quien y como corresponda, según dicción literal del artículo 1.533 LEC y por el cauce procesal del juicio ordinario correspondiente.

ACCIÓN REIVINDICATORIA: NO PUEDE EJERCITARLA EL COMPRADOR FRENTE AL VENDEDOR. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1998.)

Es reiterada doctrina jurisprudencial la de que el comprador no puede instar la acción reivindicatoria frente a su vendedor, pues no cabe el ejercicio de acciones reales entre las partes de un contrato, sino tan sólo el de las propias del negocio jurídico celebrado.

FE PUBLICA REGISTRAL: NO PROTEGE FRENTE A LA RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1998.)

La más reciente jurisprudencia establece que el carácter categórico del artículo 878 del Código de Comercio no ofrece dudas y establece una nulidad absoluta o de pleno derecho, y tanto la doctrina más autorizada como la jurisprudencia se han mostrado estrictos a la hora de su aplicación. El artículo 878 del Código de Comercio, agravando sin duda el contenido de los artículos 1.035 y 1.036 del Código de 1829, sus precedentes, determina de manera inequívoca la nulidad de todos los actos de dominio y administración realizados por el quebrado, en período comprendido dentro de la fecha de retroacción declarada y firme de la quiebra, nulidad radical *ipse legis potestate et auctoritate*, a pesar de lo dispuesto en la LH y de la buena o mala fe en la

adquisición, inoperante en los casos a que se refiere aquel precepto. Las únicas matizaciones que aquella nulidad admite son las que están fuera de la lógica del precepto: los negocios que por sus características económicas sean de aquellos que explicitan la actividad cotidiana y los que muestran que las operaciones en cuestión no fueron perjudiciales para la masa de acreedores.

La nulidad absoluta, con efectos *ex tunc*, del acto dispositivo otorgado en el período de retroacción de la quiebra, impide que éste pueda ser confirmado, subsanado o ratificado en forma alguna, frente a vicios o defectos subsanables de la escritura en que aquél se formaliza. De esta manera la nulidad rompe el nexo causal en cuanto al enlace de la negligencia del notario con el daño objeto de reclamación en una demanda de responsabilidad civil.

ADQUISICIÓN DE DOMINIO: TÍTULO Y MODO.—TERCERÍA DE DOMINIO: REQUISITO DE TÍTULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1998.)

Es reiterada y uniforme la jurisprudencia interpretativa en el sentido de referir el momento de la justificación dominical del tercero a una fecha anterior a aquélla en que se realizó la diligencia del embargo, causante de la decisión restrictiva del tercero, que en la tercería se combate. El dominio sobre la cosa, necesario para ejercitar la tercería, sólo nace cuando concurren título y modo, consumándose el contrato con la entrega del precio y de la cosa. La demostración cumplida y patente de la propiedad que al tercerista corresponde en virtud de la distribución del *onus probandi* entre los litigantes, no puede basarse en documento privado que por sí solo no acredita la efectiva transmisión patrimonial pretendida, y para concluir que hubo entrega en el acto del otorgamiento del documento privado de la posesión de la cosa vendida, no puede partirse de suposiciones y deducciones, pues la acción de la tercería de dominio requiere para su viabilidad y acogimiento que el tercerista acredite el dominio pleno y excluyente.

La concurrencia de los requisitos del título y modo es necesaria para la adquisición de dominio en virtud de un contrato de compraventa. Adquisición que la sentencia recurrida en casación entiende no producida al no estar acreditada la puesta en posesión material de la cosa vendida a los compradores, y dado el carácter puramente obligacional de la compraventa instrumentada en documento privado.

RETRACTO LEGAL ARRENDATICIO URBANO: CABE LA CONSIGNACIÓN MEDIANTE AVAL BANCARIO. (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—No cabe ignorar que hoy el aval bancario constituye un instrumento ordinario de garantía de pago de la cantidad asegurada en los espacios económicos y se utiliza, y es admitido, para el cumplimiento de cualesquiera clase de obligaciones, incluso para las de naturaleza personal, debido a que, si tiene lugar el hecho generador del pago, el Banco avalista protege la realidad de la prestación, lo que supone el cumplimiento del objetivo de garantía en términos equivalentes al dinero o al talón conformado. La argumentación facilitada se define por la sustitución de la posición hasta ahora mantenida en la Sala Primera del Tribunal Supremo en esta materia, por otra

permisiva de la consignación del precio en el retracto mediante aval bancario, de conformidad con lo establecido en el artículo 3.1 del Código Civil.

Comentario.—Vid. el que realiza F. RAMÓN FERNÁNDEZ, «La consignación del precio en el retracto: validez del aval bancario. A propósito de la STS (Sala 1.ª) de 15 de abril de 1998», en *Lunes* 4,30, núm. 250, 2.ª quincena, enero 1999, págs. 46-64, y número 251, 1.ª quincena, febrero de 1999, págs. 44-50.

APROVECHAMIENTO DE AGUAS PUBLICAS. (SENTENCIA DE 16 DE ABRIL DE 1998.)

Hechos.—En 1965, mediante ajuste entre dos pueblos, uno de ellos reconoció al otro el derecho de abatir las aguas de un río durante turnos de aprovechamiento o alemas.

Doctrina de la Sentencia.—Tal ajuste equivale a una antigua forma de transacción que puso fin a contiendas y litigios y que por ello vinculó a ambas partes y que subsiste, no por la fuerza del Código Civil, sino por la fuerza del pacto que creó una regulación de las mantenidas como históricas por la vieja Ley de Aguas de 13 de junio de 1879.

No concebida la concordia como temporal, y generándose un aprovechamiento de aguas, su uso lo consolida, si bien que alterado el régimen jurídico de las aguas por las sucesivas leyes generales de 13 de junio de 1879 y 2 de agosto de 1985, el *ius variandi* le corresponde a la Administración, dado el carácter demanial de las aguas y la necesidad de utilizarlas al mejor servicio del bien común, y con sujeción a las leyes.

ACCIÓN DE DESLINDE Y DE AMOJONAMIENTO: DIFERENCIAS. (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1998.)

La acción de amojonamiento, o la actuación de amojonar o poner hitos o mojones en las líneas divisorias entre las propiedades, es un *facere* material posterior a la previa acción de deslinde, puesto que el deslinde tendente a delimitar las divisiones o las líneas divisorias entre los predios colindantes está perfectamente recogido en el artículo 384 del Código Civil, como una operación intelectual previa, para que una vez determinados cuáles son los límites de las respectivas propiedades en conflicto, se refleje en el terreno (ulterior, pues, operación material), su división a través de la colocación de hitos o mojones.

No procede la estimación de la acción de deslinde cuando ya existe el mismo, por lo que lo único que resta es el correspondiente amojonamiento.

TERCERÍA DE DOMINIO: REQUISITO DE TÍTULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1998.)

Aunque en el momento de anotarse el embargo la titularidad de las fincas no esté inscrita en el Registro de la Propiedad a favor del tercerista, es doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo que la anotación de embargo no puede oponerse al que con anterioridad ha adquirido el objeto de la traba, aunque no haya inscrito su derecho, ya que la traba no puede recaer sobre

bienes que no estén en el patrimonio del deudor, ni el acreedor embargante goza de la protección del artículo 34 LH.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CAMBIO DE DESTINO DE ELEMENTOS PRIVATIVOS. (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1998.)

Hechos.—En un local destinado estatutariamente a almacén o aparcamiento para vehículos, se instala una industria de fabricación de títulos luminosos.

Doctrina de la Sentencia.—Como emblemáticamente señala la sentencia de 17 de junio de 1993, los distintos elementos físicos o locales que integran un edificio sometido a las normas de la propiedad horizontal no podrán ser utilizados de manera distinta al destino que les adjudica el régimen de dicha propiedad horizontal y los títulos constitutivos de la misma, así como su regulación estatutaria.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.—CERTIFICACIÓN DE CARGAS.—NOTIFICACION DE LA SUBASTA.—PUBLICACIÓN DE EDICTOS.—CALIFICACION REGISTRAL. (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El proceso judicial sumario del artículo 131 LH constituye un medio de realización del crédito real a través de una vía de apremio o proceso de ejecución en sentido estricto. Tratándose, en definitiva, de un procedimiento de apremio, y aún cuando su regulación se tiene que acomodar a las específicas reglas contenidas en el precitado artículo 131, ello no impide su sometimiento a las prescripciones propias de la LEC, la que, en cualquier caso, siempre será de aplicación supletoria.

Su naturaleza se corresponde, esencialmente, con la de un procedimiento de apremio, con lo cual, en razón a la indicada naturaleza, no cabe equipararlo a los procesos puramente contenciosos regulados en la LEC, hasta el punto de que teniendo en cuenta su específica regulación por las reglas casuísticas del artículo 131 LH y la observancia supletoria de la LEC, resultaría más acorde incardinarlo dentro del ámbito del artículo 418 LEC, en vez del general artículo 411, y ello, a pesar de que el meritado procedimiento hipotecario no termina con una sentencia firme.

Está fuera de toda duda la imposibilidad de apreciar en el procedimiento judicial sumario las sucesivas instancias a que se refiere el artículo 411 LEC y el instituto de la caducidad.

Carece de relevancia pretender establecer una comparación entre la anotación de embargo y la certificación librada a tenor de la regla 4.^a del artículo 131 LH, al tratarse de supuestos completamente diferentes, en tanto que la primera origina un asiento de carácter cautelar y sometido, por tanto, a un determinado plazo de caducidad, y la segunda tiene una significación de exigencia procedimental, tendente a acreditar los extremos concretos de los apartados 1.º y 2.º de la regla 4.^a

Tampoco puede hablarse de concurrencia de defecto en la diligencia de notificación de la subasta, pues el párrafo último de la regla 7.^a dispone que «el señalamiento del lugar, día y hora para el remate se notificará al deudor, con la misma antelación, en la finca o fincas subastadas», y en tal sentido, en

la escritura de préstamo hipotecario se señaló como domicilio el de la finca hipotecada, siendo inoperante la circunstancia de entenderse la diligencia con un vecino, en vez de con los deudores.

Igualmente no es de entender existiera defecto en la redacción de los edictos que convocaron a la subasta, puesto que los mismos contuvieron la dirección exacta del Juzgado y, por supuesto, la circunstancia de que en los publicados en el Boletín Oficial de la Provincia se señalara que la subasta iba a realizarse «en la Sala audiencia de este Juzgado», no puede considerarse como falta o ausencia de publicidad del acto.

Y, asimismo, no es de observar incumplimiento en el Registrador de la Propiedad respecto a su deber calificador por la inscripción registral de escrituras de compraventa con mención de estar las fincas libres de cargas y gravámenes, cuando sobre las mismas existía una hipoteca en fase de ejecución, pues, en primer lugar, la obligación calificadora del señor Registrador no llega al punto de tener que depurar el intrínseco contenido de los documentos, y, en segundo término, la subsistencia de la hipoteca no podía impedir el acceso registral de los posteriores actos transmisivos efectuados por el deudor hipotecario, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiera corresponder a los transmitentes.

Comentario.—Dentro del ámbito del procedimiento judicial sumario, dejamos de lado las afirmaciones de esta sentencia sobre su naturaleza como proceso de ejecución, para interesarnos por la figura de la **caducidad de la instancia**. Define GUASP esta institución del Derecho Procesal como la extinción del procedimiento que se produce por su paralización durante cierto tiempo en que no se producen actos procesales de parte. La figura está pensada, según RAMOS MÉNDEZ, para liberar a los Tribunales de una litispendencia indefinida y cerrar definitivamente los juicios que han permanecido inmóviles durante un plazo más o menos largo. Su aplicación no se produce «en toda clase de juicios», pese al tenor literal del artículo 411 LEC, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, sino que hay excepción expresa tratándose de «actuaciones para la ejecución de las sentencias firmes», ex artículo 418 LEC. Los procesalistas citados se inclinan por extender la excepción a todos los procesos de ejecución.

Por ello cabe destacar la precedente sentencia, en cuanto niega la caducidad de la instancia en el procedimiento judicial sumario, frente a pronunciamientos contradictorios que se habían ido produciendo a nivel de Audiencias Provinciales y Territoriales. La nueva Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que entra en vigor el 8 de enero del 2001, excluye en su artículo 239 la caducidad en la ejecución forzosa, incluida la que recae sobre bienes hipotecados o pignorados regulada en el Capítulo V del Título IV del Libro III, artículos 681 a 698.

TERCERÍA DE DOMINIO: FINALIDAD. (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1998.)

Salvo la pretensión relativa a la nulidad del título que sirva de apoyo a la pretensión del tercerista, ninguna otra pretensión de fondo, que por constituir un objeto autónomo deba ventilarse por los cauces del juicio declarativo correspondiente, puede acumularse al objeto de la tercería determinado por ley; de modo que la acción rescisoria por fraude de acreedores, que tiene sus exigencias peculiares, de acuerdo con el artículo 1.111 del Código Civil, y su

marco propio de probanzas en atención a su naturaleza subsidiaria, en cuanto presupone un título inicialmente válido, ha de ejercitarse en proceso independiente fuera de la tercería de dominio, cuya finalidad va dirigida exclusivamente al levantamiento del embargo trabado sobre el bien en litigio, o lo que es lo mismo a sustraer bienes del procedimiento de apremio, por no pertenecer al apremiado. De esta exclusiva finalidad se desprende que el actor en la tercería de dominio tiene la obligación de justificar cumplidamente, además, de su condición de tercero, la titularidad del bien embargado, con anterioridad a la realización de la traba.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL: INCONSTITUCIONALIDAD. (SENTENCIA DE 4 DE MAYO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Conforme al artículo 117.1 CE, 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 desarrollan 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. La confrontación de estos conceptos y criterios con la posible legitimidad preconstitucional de un procedimiento de ejecución «extrajudicial» arroja un resultado francamente contrario a la vigencia del referido procedimiento.

También la dicha oposición surge, obviamente, por contraste con el 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.

Razonada la derogación postconstitucional del artículo 129, párrafo 2.º LH, huelga decir que los preceptos reglamentarios que traen causa del mismo siguen igual suerte al faltar el soporte legal que los explica, todo ello en virtud del principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) y de acuerdo con el artículo 6 LOPJ, que prohíbe a los Jueces y Tribunales que apliquen preceptos contrarios a la Constitución o a la Ley o al principio de jerarquía normativa. Pero resulta, además, que 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».

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.—Aunque la presente sentencia y la posterior de la misma Sala de 6 abril 1999, declaran la inconstitucionalidad del **procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria**, la Sala Tercera, en sentencias de 16 y 23 de octubre de 1995, afirmó su constitucionalidad con ocasión de la reforma del mismo procedimiento, operada por Real Decreto 290/1992, de 27 de marzo.

La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que entra en vigor el 8 de enero de 2001, modifica en su Disposición Final novena diversos artículos de la LH y, entre ellos, el artículo 129, permitiendo que en la escritura de constitución de la hipoteca pueda pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, venta extrajudicial que se realizará por medio de notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario.

Sobre esta materia, vid.: el texto íntegro de la sentencia y las intervenciones en la Mesa Redonda sobre la constitucionalidad del procedimiento extrajudicial celebrada el 27 de mayo de 1998 en el Colegio de Registradores, en el Boletín número 38 (2.ª época), junio de 1998, págs. 1471-1786; resumen de dicha Mesa Redonda, en *Lunes 4,30*, número 235, 2.ª quincena, mayo 1998, págs. 12 y 13; comentarios de la sentencia por F. J. GARCÍA MÁZ, en *La Notaría*, número 5, mayo 1998, pág. 61, recogido en *Lunes 4,30*, número 244, 2.ª quincena, octubre 1998, págs. 23-28; por F. GASTÓN INCHAUSTI, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 48, septiembre-diciembre 1998, pág. 1157; por I. IGLESIAS CANLE, en *La Ley*, año XIX-98, número 4.696, pág. 1; Auto de 19 de noviembre de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que impide la inaplicación de la normativa por el Registrador, publicado en *Folio Registral* del CER de Granada, número 75, diciembre 1998, pág. 114, y en *Lunes 4,30*, número 249, 1.ª quincena, enero 1999, págs. 28-30; J. M. GARCÍA GARCÍA, «El Registro de la Propiedad y los procedimientos de realización de valor de la hipoteca. Dos enmiendas imprescindibles al Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Lunes 4,30*, número 257, 1.ª quincena, mayo 1999, págs. 11-21.

TERCERÍA DE DOMINIO: OBJETO. (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1998.)

Hechos.—Tercería de dominio sobre los importes de unas primas a la construcción naval, que otorgaba el Ministerio de Industria y Energía, embargados en procedimiento de apremio por débitos a la Seguridad Social.

Doctrina de la Sentencia.—Atendiendo a que en los artículos 1.532, 1.533, 1.535, 1.542 y 1.543 LEC, se utiliza la palabra «bienes», a diferencia del artículo 348 del Código Civil que sólo se refiere a «cosas» para poder ser objeto de la acción reivindicatoria, aquel vocablo resulta amplio y suficiente para albergar, en principio, bajo la protección procesal de las tercerías de dominio, los créditos, ya que también son susceptibles de embargo, conforme al artículo 1.447 LEC, y así lo ha entendido en alguna ocasión la Sala de Casación civil (sentencias de 25 de abril de 1967 y 21 de mayo de 1992).

Ahora bien, el artículo 1.532 LEC es exigente en cuanto a que la tercería promovida requiere necesariamente la prueba cumplida del dominio de los bienes objeto de la misma antes del embargo, lo que en el supuesto litigioso no sucede, pues el tercerista no adquirió la titularidad dominical del crédito, por tratarse no de propios créditos, sino más bien del contenido económico de las primas o subvenciones, cuya concesión oficial se supeditaba al cumplimiento de determinados requisitos administrativos y ejecución de obligaciones tributarias y para la Seguridad Social, siendo por tanto pagos expectantes que no producían integración segura y firme en el patrimonio del beneficiario hasta que no obtenía su efectivo abono en firme, ya que era entonces cuando se producía su plena disponibilidad patrimonial.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y SU IMPUGNACIÓN. (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1998.)

El plazo de convocatoria de la Junta de Propietarios que establece el artículo 15 LPH, varía si es en relación a la Junta ordinaria anual, que se deberá convocar con seis días de antelación, o a la Junta extraordinaria, cuya convocatoria se hará con la antelación suficiente para que sea posible que llegue al conocimiento de todos los interesados. El término «antelación suficiente» ha de interpretarse en relación al motivo de la reunión, por ello es preciso que se fije el contenido u orden del día de la Junta extraordinaria convocada. En el caso concreto se entiende que la comunidad avisó con la antelación suficiente, que bastaba, aunque el plazo de convocatoria no fuera precisamente extenso.

El artículo 16 LPH determina que cualquier comunero puede impugnar los acuerdos sociales ante la autoridad judicial y ejercitar la acción correspondiente dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o a la notificación si hubiese estado ausente el que impugne. Cuando el plazo entre la fecha de la notificación y la demanda de impugnación supera con mucho exceso de los treinta días mencionados, decae la pretensión aunque el impugnante muestre su desacuerdo con la decisión de la junta por notificación remitida por conducto notarial dentro de aquel plazo.

ACCIÓN DE DESLINDE.—ACCESION.—ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO: REQUIERE LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DEL CONDOMINIO. (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1998.)

El derecho a cercar las heredades, con mayor o menor eficacia que reconoce el artículo 388 del Código Civil, no excluye («setos vivos o muertos, o de cualquier otro modo») el empleo de árboles marcados con señal identificatoria.

El artículo 359 del Código Civil es una manifestación de la fuerza expansiva de la propiedad del suelo que se concreta en la presunción lógica de que una plantación asentada sobre un terreno ha de entenderse que fue hecha por el propietario del terreno.

Cuando el actor no ha probado la existencia del condominio cuya declaración de propiedad, junto con la división de la cosa común, pide la falta de prueba de los hechos constitutivos de la pretensión, obliga, de conformidad con el artículo 1.214 del Código Civil, a la desestimación de la demanda. No cabe inferir de las dificultades de la identificación o deslinde, sin más, la indivisión, ya que han de utilizarse los medios previstos en los artículos 385, 386, 387 del Código Civil.

ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS DE TÍTULO DE DOMINIO Y DE IDENTIFICACIÓN DE LA COSA. (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1998.)

Es cierta la doctrina jurisprudencial que exige que el accionante que reivindica acredite su titulación sobre el terreno reclamado y que éste sea el mismo referido en el título.

MONTES VECINALES EN MANO COMÚN. (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1996.)

Los llamados montes vecinales en mano común son aquéllos de naturaleza especial que, con independencia de su origen, pertenecen a agrupaciones vecinales en su calidad de grupos sociales, y no como entidades administrativas, y vengán aprovechándose consuetudinariamente en mano común por los miembros de aquéllos en su condición de vecinos.

De la normativa de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de Montes Vecinales en Mano Común, se desprenden las siguientes consideraciones verdaderamente significativas: por un lado, que la posible gestión o cesión de todo o parte de esos montes, y el establecimiento de cargas o gravámenes, corresponden a las comunidades titulares de los mismos. En efecto, según el artículo 5, la administración, disfrute y disposición de los montes vecinales en mano común corresponderá exclusivamente a la respectiva comunidad propietaria, la cual adoptará los acuerdos concernientes al uso o cesión de aprovechamientos mediante la mayoría de los partícipes. Y que incluso antes de la aprobación de los Estatutos —art. 6—, cualquiera de los partícipes podrá comparecer en juicio para ejercitar los derechos correspondientes a la propia comunidad. Es obvio, pues, que es la comunidad propietaria la que tiene, no sólo el poder o la titularidad correspondiente, sino las facultades de gestión, disfrute y disposición; sus acuerdos habrán de adoptarse por mayoría.

En torno a la necesidad de que existan los Estatutos a los fines de que se regule cuanto se especifica en el artículo 4.1 y a que en el caso de que no existan tales estatutos, el aspecto representativo estará fijado por una Junta provisional, se subraya que ambos aspectos son, o así debe valorarse, como presupuestos adjetivos o de formalización perfectamente acoplables a la relevancia jurídica de tales comunidades, pero sin que, por lo general, puedan enervar la posibilidad de que incluso antes de dicha constitución de Estatutos y de Junta provisional, la propia comunidad propietaria, que es la soberana tanto en la titularidad como en su decisionismo gestor o acervo de actos de gestión, pueda realizar los acuerdos de cesión correspondiente, sobre todo si se observa el carácter imperativo de la necesidad de que se acepten o acuerden por mayoría de los partícipes.

ADQUISICIÓN DE DOMINIO: TÍTULO Y MODO. (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1998.)

Los documentos privados configuradores de la compraventa que en ellos se refleja han de ser considerados como un título obligacional privado de compraventa, que por sí sólo no puede generar la traslación del dominio del inmueble a que se refieren, al no haber sido acreditada la entrega de las viviendas, y de aquí que no quepa entender que los compradores habían adquirido la propiedad de las mismas.

PROPIEDAD HORIZONTAL: TÍTULO CONSTITUTIVO. ESTATUTOS.—OBRAS EN ELEMENTOS PRIVATIVOS. (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1998.)

El título constitutivo para la configuración y titularidad de los distintos pisos y locales es la división de la propiedad horizontal. Lo que constituye el

título de propiedad de los adquirentes es la división de la propiedad horizontal, que es la base a partir de la cual adquieren, por título y modo, los pisos y locales, tal como constan en la escritura de división y existen en la realidad.

Los estatutos han de sujetarse a los límites establecidos por la Ley, cual se desprende del artículo 6 LPH. En consecuencia, si en el artículo 7, párrafo 1.º LPH, se habla de una previa dación de cuenta, sin más, a quien represente a la comunidad, parece que los estatutos no pueden ir más allá de lo dispuesto en tal concepto y supeditar el comienzo de las obras al acuerdo que adopte el presidente, aunque éste pueda, desde luego, denunciarlas si no se ajustan a las previsiones del referido artículo.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SOBRE BIENES GANANCIALES.—FE PUBLICA REGISTRAL. (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1998.)

Se decreta la nulidad de diligencias de notificación y venta en pública subasta en juicio ejecutivo por, entre otras razones, falta de notificación en forma procesal correcta al cónyuge del deudor. En caso de ejecución sumaria de bienes comunes, aparte de la exigencia del artículo 1.373 del Código Civil, de la notificación inmediata al cónyuge no deudor, el artículo 144 RH permite demandar a este consorte, resultando preciso notificarle la existencia del proceso y su ejecución, con lo que se cubren las exigencias requeridas para la anotación registral, generando su ausencia la privación de protagonismo procesal, con las consecuencias que corresponden de nulidad y derivadas (sentencia de 2 de diciembre de 1994).

Resulta decisivo no haberse cumplido las exigencias del artículo 144 RH para salvaguardar los derechos del cónyuge respecto a su participación dominical en la finca ejecutada, pues el juicio ejecutivo se tramitó a sus espaldas y así lo viene exigiendo la doctrina jurisprudencial respecto a la viabilidad del embargo de bienes del común ganancial (sentencia de 16 de noviembre de 1990, que cita las de 26 de septiembre de 1986, 20 de marzo de 1989, y RRDGRN de 11, 20 y 21 de febrero de 1984 y 28 de marzo de 1989).

La protección que otorga el artículo 34 LH alcanza a los compradores en enajenaciones posteriores y sucesivas, al tratarse de terceros adquirentes en base a la legitimación dispositiva de quien resultaba titular registral y que hace válidas las adquisiciones onerosas llevadas a cabo al estar bajo el amparo del principio de la buena fe registral. Se mantienen los derechos de los terceros hipotecarios, cuyas adquisiciones no han quedado alteradas por las actuaciones previamente invalidadas, ya que no se demostró a lo largo del procedimiento que no hubiesen actuado de buena fe. Y al no decretarse la nulidad de las ventas referidas, procede la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

TERCERÍA DE DOMINIO: EL TERCERISTA HA DE REUNIR LA CONDICIÓN DE TERCERO. (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1998.)

En todo proceso de tercería de dominio ha de quedar plenamente probado que el tercerista reúne la condición de tercero (no deudor) con respecto al crédito objeto del correspondiente procedimiento ejecutivo o de apremio (del que la tercería es una incidencia), cuya condición de tercero no concurre

cuando el procedimiento administrativo de apremio se sigue contra el tercerista en su calidad de deudor del débito fiscal objeto del mismo, sin que sea posible indagar en el repetido proceso de tercería si a él corresponde o no tal calidad de deudor, pues ello habrá de plantearlo en el aludido procedimiento administrativo de apremio que se sigue contra él o en el subsiguiente recurso contencioso-administrativo.

ACCIÓN NEGATORIA DE SERVIDUMBRE. (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1998.)

Hechos.—Instalación de una chimenea adosada y anclada en la pared posterior de un edificio ajeno.

Doctrina de la Sentencia.—La servidumbre legal de estribo de presa para la derivación o toma de aguas de un río o arroyo, o para el aprovechamiento de otras corrientes continuas o discontinuas, que regula el artículo 554 del Código Civil, no guarda, ni siquiera remotamente, analogía alguna con la instalación de una chimenea industrial adosada a la pared de un edificio de viviendas.

La posibilidad de instalación de la chimenea litigiosa adosada a la pared de un edificio ajeno no sólo no es subsumible en ninguna de las servidumbres legales que regula el Capítulo II del Título VII del Libro Segundo del Código Civil, sino que del artículo 590 del Código Civil se desprende una conclusión contraria a la que pretenden los dueños de la chimenea, ya que dicho precepto lo que estatuye es, precisamente, las distancias que los artefactos que el mismo contempla (entre ellos, las chimeneas) deben necesariamente guardar de las paredes ajenas o medianera, pero en ningún caso permite que tales artefactos puedan ir adosados a dichas paredes ajenas.

PROPIEDAD HORIZONTAL: COMPUTO DEL PLAZO DE IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES. (SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 1998.)

Para la determinación de si la acción de impugnación de los acuerdos sociales contrarios a la Ley o a los estatutos se ha exteriorizado dentro del plazo fatal de caducidad de treinta días señalado en el artículo 16, norma 4.^a LPH, no se computa en el término el día inicial de adopción del acuerdo y, por consiguiente, si el acuerdo se adapta el 18 de abril, la demanda presentada el 18 de mayo lo es en tiempo hábil para ello.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: NO TIENE NATURALEZA CONSTITUTIVA. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1998.)

El embargo de inmuebles en vía ejecutiva sujeta los bienes sobre que recae al cumplimiento de la sentencia en cuya vía de apremio se toma. No constituye en modo alguno un derecho real, no altera la naturaleza del crédito, ni puede calificarse como lo que antiguamente se denominó hipoteca judicial. Pero da una preferencia para el cobro de la deuda cuyo pago se persigue, sobre cualquier otro derecho que haya nacido con posterioridad a la traba.

El acceso al Registro del embargo de inmuebles lo impone obligatoriamente la LEC (art. 1.453), pero no tiene naturaleza constitutiva, esto es, nace de

la decisión judicial válidamente tomada y no de su acceso al Registro; baste pensar que en nuestro derecho la inscripción no es obligatoria.

Pero si accede al Registro, por la vía de la anotación preventiva, avisa a los terceros que confían en el Registro, de su existencia y de que cualquier derecho sobre los bienes con anotación nacido con posterioridad a la fecha de ésta, tendrá su eficacia subordinada a lo que resulte de la preferencia que el embargo proporciona. En todo caso, los terceros registrales tendrán la protección que el artículo 34 LH da a quien adquiere derechos con todos los requisitos que este precepto exige.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO. OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES.—ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS.—ACCESION INDUSTRIAL EN INMUEBLE AJENO. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1998.)

Hechos.—La sociedad promotora y constructora de varios bloques, después de constituida la propiedad horizontal y vendidas las viviendas, construye locales y garaje en el subsuelo y pretende la modificación unilateral del título constitutivo de la propiedad horizontal.

Doctrina de la Sentencia.—Constituida la propiedad horizontal, el suelo, vuelo y cimentaciones —como dice el art. 396 del Código Civil— son elemento común que es copropiedad de los propietarios de cada piso o local, inherente tal copropiedad a la propiedad individual; el derecho de propiedad se extiende, en sentido vertical al vuelo y al suelo y en éste se incluye el subsuelo (se puede recordar el aforismo *usque ad sidera et usque ad inferos*, aunque actualmente no es tan absoluto).

La norma imperativa del artículo 16, norma 1.^a, párrafo 1.^o, inciso 1.^o LPH dispone que la modificación del título constitutivo sólo puede acordarse por unanimidad por la Junta de Propietarios; en ningún caso puede hacerse por decisión unilateral de la sociedad promotora y constructora del edificio, hallándose ya constituida la propiedad horizontal.

Todo el subsuelo, con los locales y garaje en él contenidos, es propiedad, como elemento común, de los propietarios en propiedad horizontal de las viviendas de los bloques y reúnen los requisitos que exige la jurisprudencia, en aplicación del artículo 348 del Código Civil, para que prospere la acción reivindicatoria: propiedad, no posesión e identificación de la cosa.

En el caso litigioso, la sociedad promotora construyó locales y garaje en suelo (subsuelo) ajeno y ello conduce al tema de la accesión. El principio que rige en materia de accesión es el de *superficies solo cedit*: el suelo (que incluye el subsuelo) es la cosa principal y el derecho de propiedad sobre el mismo se extiende a lo construido (como puede ser locales y garaje en sótanos) en él; así lo recoge el artículo 358 del Código Civil: lo edificado (estos locales y garaje en sótano) en predios ajenos pertenece al dueño de los mismos; y los artículos siguientes desarrollan este principio, previendo una indemnización, según buena o mala fe, a favor de quien pierde lo construido y a cargo de quien lo adquiere por accesión, a fin de evitar un enriquecimiento injusto. Los artículos 361 a 364 contemplan el supuesto que atañe al caso de autos: la construcción de locales y garaje por la sociedad promotora con capital y materiales propios en suelo (mejor dicho, en subsuelo) ajeno. La sociedad construyó con mala fe, conociendo que el subsuelo no era ya de su propiedad,

pues ya había vendido las viviendas de los bloques y había constituido éstos en propiedad horizontal, siendo evidente que el suelo es elemento común y pertenece a los propietarios, como propiedad inherente a su derecho individual (art. 396 del Código Civil). A su vez, los propietarios de las viviendas en propiedad horizontal las habían adquirido antes de la construcción de los locales y garaje en los sótanos de sus propias viviendas, por lo que es indiscutible que tal construcción se hizo a su vista, ciencia y paciencia, sin oponerse, ya que no consta oposición alguna en el tiempo en que se hacía, y el artículo 364 del Código Civil califica esta situación como de mala fe. Por tanto, débese entender que unos y otros —propietarios del subsuelo y constructora— actuaron, jurídicamente, con mala fe. El citado artículo 364 dispone que si en ambos ha habido mala fe, los derechos de uno y otro serán los mismos que tendrían si hubiesen procedido ambos de buena fe. Y este supuesto lo contempla el artículo 361 del Código Civil que da al dueño del terreno, es decir, a los propietarios de las viviendas en propiedad horizontal, la opción de hacer suya la obra (locales y garaje) previa la indemnización establecida en los artículos 453 ó 454 o a obligar al que construyó a pagarle el precio del terreno. Este no es aquel precio que tuviera cuando se constituyó la propiedad horizontal y los compradores ocuparon las viviendas, sino que se trata de una deuda de valor, es decir, obligación de pagar en dinero determinado valor, el del terreno: se debe pagar el valor, lo que significa el valor que tiene el terreno en dinero, prestación pecuniaria, en el momento en que se cumpla, cuando se pague en dinero tal valor.

COMUNIDAD DE BIENES. (SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1998.)

Hechos.—Los propietarios de un conjunto residencial se constituyeron en comunidad civil que se regiría por el Código Civil y por los estatutos. En Junta General ordinaria acordaron la prohibición de construir más de una edificación por parcela, acuerdo declarado nulo por la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1997.

Doctrina de la Sentencia.—Tal comunidad no está constituida en propiedad horizontal, carece del título constitutivo imprescindible; expresamente se indicó, en su constitución, que se sometía al Código Civil, es decir, a los artículos 392 y siguientes, por lo que no procede aplicar la normativa que se halla en la LPH.

No se puede apreciar la indivisibilidad de fincas acordada por una asamblea de copropietarios, cuyas decisiones afectan solamente a los que aceptaron los acuerdos; no pueden imponer limitaciones al derecho de propiedad, que se presume libre, como dice la sentencia de 2 de julio de 1997. En el caso litigioso, los estatutos de la comunidad (ordinaria, romana o *pro indiviso*) no establecen tal indivisibilidad y el acuerdo que a ello se refiere ha sido declarado nulo.

USUCAPIÓN CONTRA TABULAS DE DERECHO DE VUELO. REQUISITOS DE BUENA FE Y JUSTO TÍTULO. (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1998.)

Hechos.—En el Registro de la Propiedad figuran inscritos el derecho de monte alto y bajo de encinas y el derecho de apostar sobre unas fincas. El

Ayuntamiento enajena dichas fincas en pública subasta a fin de construcción de chalets y establecimiento de zona de recreo. Los compradores ejercitan acción declarativa de la titularidad del vuelo adquirido por usucapión.

Doctrina de la Sentencia.—El derecho sobre el vuelo puede entenderse como una parte del derecho de propiedad o como un derecho real que recae en cosa ajena. En todo caso, el derecho de propiedad se extiende al vuelo y si éste está desgajado del anterior, el vuelo queda configurado como derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad.

La usucapión se puede aplicar al derecho de vuelo sobre las fincas, inscrito en el Registro de la Propiedad a favor de tercero: es el caso de la *usucapió contra tabulas* al que se aplicará la normativa de la usucapión del Código Civil por la remisión del artículo 36, párrafo 3.º LH, ya que los titulares registrales no tienen la consideración de terceros hipotecarios, en el sentido de la protección que les brinda el mismo artículo 36, párrafo 1.º

Se cuestiona el cumplimiento de los requisitos especiales de la usucapión ordinaria, el justo título y la buena fe. El justo título es el que legalmente baste para transferir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate, como dice el artículo 1.952 del Código Civil; y añade el artículo 1.953 del Código Civil, que ha de ser verdadero y válido, y el 1.954 del Código Civil, que debe probarse. Se trata de un título que, como tal y en abstracto, es idóneo para la transmisión del derecho de propiedad u otro derecho real, como la adjudicación en pública subasta por una entidad de derecho público; que es verdadero y válido, pero que en el caso concreto adolece de un defecto que precisamente es salvado por la usucapión, pero por una causa externa al mismo, no produce la adquisición sino que ésta se da por usucapión. En el supuesto litigioso, que el Ayuntamiento no fuera titular del vuelo es lo que precisamente subsana la usucapión, que con harta frecuencia precisamente suple la falta de poder de disposición del transmitente.

En cuanto a la buena fe, definida en sentido negativo en el artículo 433 del Código Civil y en sentido positivo en el artículo 1.950 del Código Civil, es la ignorancia del defecto o creencia en que no lo hay, que subsana la usucapión; viene referida a «estado de conocimiento».

Concurriendo todos los requisitos de la usucapión ordinaria, se ha producido *contra tabulas*, pues no concurren en el usucapiente los requisitos de tercero adquirente que señala el artículo 34 LH respecto a usucapión consumada o cuasiconsumada que señala el artículo 36 LH, sino que se trata del supuesto típico *contra tabulas* en que unas personas —los usucapientes— han poseído con los demás requisitos de la usucapión el derecho que aparecía inscrito en el Registro de la Propiedad a favor de otro, no tercero adquirente del artículo 34 LH, sino antiguo titular registral, y se aplica la normativa de la usucapión del Código Civil a tenor del artículo 36, párrafo 3.º LH.

ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1998.)

La acción reivindicatoria se puede definir jurisprudencialmente como la acción que puede ejercitar el propietario que no posee contra el poseedor que frente al propietario no puede alegar un título jurídico que justifique su posesión.

Doctrina amplísima, pacífica y constante de la Sala Primera del Tribunal Supremo establece que para el éxito de la acción reivindicatoria es preciso

que concurran tres requisitos: a) que el actor pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama; b) la identificación exacta de la misma; y c) la detentación o posesión de la misma por el demandado.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y SU IMPUGNACIÓN. (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1998.)

Transcurrido el plazo de treinta días para el ejercicio de la acción de impugnación de los acuerdos de la Junta de Propietarios, caduca la acción correspondiente. El hecho de que para determinados acuerdos la LPH exija el consentimiento unánime de todos los copropietarios, sin que baste el de la mayoría, no entraña que el acuerdo adoptado sin dicho requisito de unanimidad está viciado de nulidad radical o absoluta, pues la Sala Primera del Tribunal Supremo tiene declarado que los acuerdos que entrañen infracción de algún precepto de la LPH o de los estatutos de la respectiva comunidad, al no ser radicalmente nulos, sino meramente anulables, son susceptibles de sanación por el transcurso del plazo de caducidad (treinta días) que establece la regla 4.ª del artículo 16 LPH, sin haber sido impugnados dentro de dicho plazo, quedando reservada la más grave calificación de nulidad radical o absoluta solamente para aquellos otros acuerdos que, por infringir cualquier otra ley imperativa o prohibitiva que no tenga establecido un efecto distinto para el caso de su contravención o por ser contrarios a la moral o al orden público o por implicar un fraude de ley, hayan de ser conceptuados nulos de pleno derecho, conforme al artículo 6.3 del Código Civil.

E. M. A.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

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

RESPONSABILIDAD DE UN ABOGADO: OBLIGACIÓN DE PRESTAR SERVICIOS CON COMPETENCIA Y PRONTITUD. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El hecho de no haber tenido el abogado éxito judicial en su cometido, no puede ser valorado como una presunción de culpabilidad, con la consecuencia de imponerle la carga de probar que su hacer profesional había sido correcto. No existe norma positiva en nuestro Código Civil que tal efecto recoja, pues el artículo 1.183, que preceptúa la inversión de la carga probatoria para el deudor, se refiere a la pérdida de una cosa determinada debida, estando esta cosa en su poder, y tal regla no la extiende a las obligaciones de hacer en los preceptos siguientes. Una hipotética aplicación analógica del artículo 1.183 sólo sería posible cuando el hacer no se haya efectuado, pero es claro que esta situación no tiene nada que ver con la que se da cuando, por el contrario, el servicio se ha realizado, pero el acreedor

estima que defectuosamente. Es éste un caso de incumplimiento contractual, cuya prueba debe incumbir al que lo alega (art. 1.214 del Código Civil). Además ha de tenerse en cuenta que el abogado no puede ser responsable de un acto de tercero (el órgano judicial), que puede estar o no de acuerdo con la tesis y argumentaciones que hayan formulado en defensa de los intereses encomendados. Es un contrato de arrendamiento de servicios el que le vincula con su cliente, salvo que haya sido contratado para una obra determinada como un informe o dictamen. A lo que está obligado, pues, es a prestar sus servicios profesionales con la competencia y prontitud requeridas por las circunstancias de cada caso (art. 1.258 del Código Civil). En esa competencia se incluye el conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicable al caso.

RECURSO DE CASACIÓN: SU ADMISIBILIDAD PUEDE EXAMINARSE DE OFICIO. (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Los presupuestos procesales de admisibilidad del recurso de casación afectan al orden público procesal y han de ser examinados, incluso de oficio, por esta Sala, de tal manera que su falta dará lugar no sólo a la inadmisión a trámite del recurso en el momento procesal oportuno, sino que advertida aquélla al momento de la votación y fallo, tal carencia de alguno de esos requisitos de admisibilidad, se convierte en causa de desestimación del recurso, según reiterada jurisprudencia, siendo asimismo doctrina consolidada de esta Sala que no es dado sumar, a efectos de establecer la cuantía litigiosa que permite el acceso a la casación, las cuantías de la demanda principal y la de la reconventional, ya que cada una de ellas sigue un régimen independiente en cuanto a los recursos que proceden contra la sentencia que los resuelve.

CONCEPTO FUNCIONAL DE RUINA: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS INTERVINIENTES EN LA CONSTRUCCIÓN. (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Una continuada y uniforme doctrina de esta Sala puede compendiarse en los siguientes términos: se refiere la ruina no sólo a los defectos que hagan temer la próxima pérdida del edificio o que lo hagan inútil o inservible para la finalidad que le es propia, sino también a aquellos defectos de construcción que por exceder de imperfecciones corrientes, configuran una violación del contrato, extendiéndose a vicios o defectos que afecten a elementos esenciales de la construcción, es decir, se entiende por «ruina» no sólo aquellos vicios que hagan temer la pérdida del edificio, sino también lo que se viene denominando «ruina funcional», es decir, el defecto que hace la edificación inútil para la finalidad que le es propia.

En el caso de autos, las celosías de los balcones y fachada del edificio presentan desperfectos generalizados, que no pueden catalogarse como simples imperfecciones, y por afectar a los balcones y fachada del inmueble, cabría estimarles de influyentes en elementos esenciales de la construcción.

En relación con la solidaridad, también la doctrina consolidada de la Sala se muestra partidaria de la misma cuando no sea factible individualizar la

responsabilidad correspondiente a cada profesional interviniente en la construcción.

LA BUENA FE EXIGIDA EN EL ARTICULO 34 LH, CONSISTE EN EL DESCONOCIMIENTO DE LA VERDADERA SITUACIÓN JURÍDICA DEL BIEN ADQUIRIDO. (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La fe pública registral despliega su eficacia protectora a favor del tercer adquirente que, de buena fe, contrata confiando en lo que publica el Registro, aunque éste sea inexacto, por lo que el hecho de que la subasta (por la que adquiriría el piso la persona que luego la vende a los adquirentes) hubiera sido declarada nula antes de que los terceros adquirieran el piso, no puede afectar en modo alguno a dichos terceros adquirentes, los cuales desconocían en absoluto la referida declaración de nulidad, la cual, obviamente, no constaba en el Registro, pero es que incluso el transmitente (rematante de la subasta) también desconocía cuándo vendió el piso la expresada declaración de nulidad.

La adquisición *a non domino* es la manifestación característica de la protección de la fe pública registral a favor del tercero hipotecario, aunque en la realidad extrarregistral el transmitente no fuera dueño del piso.

En el motivo cuarto se alega falta de buena fe en los adquirentes del piso, cuya carencia de buena fe pretende hacerla consistir el recurrente en la simple alegación de que no se concibe que dichos adquirentes, antes de decidirse a comprar el piso, no fueran a visitarlo y a conocer las características del mismo, y si lo hubieran hecho, parece querer decir el recurrente, habrían comprobado que dicho piso estaba ocupado por él y su familia.

El expresado motivo ha de fenecer, ya que la buena fe exigida por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, para dispensar la plena protección de la fe pública registral al tercer adquirente, consiste en el desconocimiento por dicho tercer adquirente de la verdadera situación jurídica del derecho adquirido, o lo que es lo mismo, en la ignorancia por el tercer adquirente de la inexactitud registral, presumiendo el referido precepto la buena fe del tercer adquirente mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Para el surgimiento de la figura del tercero hipotecario, conforme a los requisitos que exige el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, el acto adquisitivo del tercer adquirente (presunto tercero hipotecario) ha de ser necesariamente válido, pues dicho precepto sólo protege frente a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio.

RESOLUCIÓN DE COMPRAVENTA: NO REQUIERE UNA ACTITUD DOLOSA DEL INCUMPLIDOR. (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La doctrina más reciente de la Sala viene proclamando que la resolución, a tenor del artículo 1.504, no requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es lo que apunta la frase «actitud deliberadamente rebelde» al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando con que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria

obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó y siendo aconsejable la resolución en los que concurran el impago prolongado, duradero, injustificado o quedar frustrados el fin económico-jurídico que implica el contrato y las legítimas aspiraciones del vendedor, y aconsejable, asimismo, mantener el pacto, en homenaje a la voluntad contractual, cuando no aparezca definida e incuestionable una decidida voluntad negativa.

UN CONTRATO OBLIGACIONAL PACTADO «A PERPETUIDAD» ATENTA AL ORDEN JURÍDICO Y POR TANTO SU CAUSA ES ILÍCITA. (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Un contrato se entiende estipulado por tiempo indefinido o indeterminado cuando el mismo carece de pacto alguno de vigencia temporal, o lo que es igual, cuando no contiene pauta contractual alguna que permita conocer la verdadera intención de las partes acerca de la duración del mismo.

Es doctrina reiterada de esta Sala (sentencias de 19-12-1985 y 16-2-1990, entre otras), la de que determinados contratos pactados por tiempo indeterminado o indefinido (entendidos dichos términos como sinónimos y expresivos de no fijación de plazo de vigencia contractual) no adolecen de vicio de nulidad, si bien cualquiera de las partes podrá darlo por terminado, mediante la renuncia o revocación unilateral del mismo, sin perjuicio de las consecuencias, singularmente indemnizatorias, que podrán acompañar a la actuación de la parte que decidiera abusivamente o con mala fe la resolución o extinción del vínculo.

Pero el supuesto que aquí nos ocupa no es incardinable dentro de la expresada doctrina jurisprudencial, ya que se estipuló prácticamente la duración del mismo a perpetuidad, la cual es opuesta a la naturaleza temporal de toda relación obligatoria, integrando una limitación de la voluntad del deudor contraria al orden público, teniendo declarado la sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 1985 que la perpetuidad es, salvo casos excepcionales, opuesta a la naturaleza misma de la relación obligatoria, al constituir una limitación a la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada como atentatoria al orden jurídico, y por tanto se ha teñido de ilicitud la causa del referido contrato.

NO BASTA UN MERO INCUMPLIMIENTO PARCIAL PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada de esta Sala que la determinación de si ha habido incumplimiento y, en caso de que sea mutuo, quién es el primer incumplidor, así como si ello justifica el de la otra parte, es cuestión de hecho cuya apreciación y valoración corresponde a los órganos de instancia.

No basta el mero incumplimiento parcial para la resolución del contrato, pues que, en homenaje al respeto al mismo, ha de patentizarse de forma indubitada una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido o bien la producción voluntaria de un hecho obstativo, definitivo e irreformable que impida su cumplimiento.

Se estará ante la falta de entrega o de entrega de cosa distinta y no en la entrega con vicios ocultos, cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador en razón de la naturaleza, funcionalidad y destino de la cosa comprada.

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: SI NO HAY CULPA DEL DEMANDADO, HA DE EXCLUIRSE SU RESPONSABILIDAD. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual, mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la prueba y de la teoría del riesgo, no excluye de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de la responsabilidad por culpa extracontractual, de tal modo que si de la prueba practicada en el proceso, con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que en la producción del evento dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino absolutamente ninguna culpa por parte del demandado, sino que el mismo fue debido exclusivamente a una actuación negligente o descuidada del propio perjudicado, ha de excluirse la responsabilidad de dicho demandado.

EL PROBLEMA DE LA CARGA DE LA PRUEBA ES EL PROBLEMA DE LA FALTA DE PRUEBA. (SENTENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El motivo parece desconocer el concepto de la carga de la prueba: ésta prevé en quién recaen las consecuencias de la falta de prueba de hechos base de las pretensiones alegadas, no ordena quién debe probar y qué debe probar, sino que la parte sufre las consecuencias de la falta de prueba de los hechos que constituyen el fundamento de su pretensión; es conocida la frase de la doctrina alemana «el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba».

Es reiterada y notoria doctrina de esta Sala la de que la supuesta infracción del artículo 1.214 del Código Civil sólo puede ser invocada en casación cuando, ante la falta de prueba de un hecho concreto, la Sala *a quo* no haya tenido en cuenta la regla distributiva del *onus probandi* que tal precepto contiene, al determinar la parte que haya de soportar las consecuencias de esa falta de prueba, pero nunca cuando la Sala de instancia considere probado el hecho en cuestión.

EL VENDEDOR DE UNAS VIVIENDAS NO PUEDE ESCUDARSE EN EL INCUMPLIMIENTO DE UNA CONTRATA RESPECTO A EL. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El vendedor no es arbitro de cumplir un contrato cuando le convenga o interese o pueda, supuesto el cumplimiento del comprador de sus obligaciones. El vendedor no puede escudarse en el incumplimiento de la contrata respecto a él, porque le es imputable frente al comprador por haberla elegido, es un suceso que ocurre en el círculo de las actividades

empresariales sujetas a su control, no externo, imprevisible o inevitable (fuerza mayor).

El incumplimiento de la Compañía vendedora es patente y notorio, al año y medio de firmarse un contrato no había cumplido con su obligación de entrega. La conducta del comprador no tiene en modo alguno por qué ser la de aquietamiento a esa situación.

No es precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando con que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó.

El vendedor ha de cumplir conforme a lo pactado: sólo puede liberarse de las consecuencias del incumplimiento si prueba la concurrencia de causa a él no imputable, sin que sea necesario bucear en el interior de sus profundidades anímicas para ver por qué no cumple.

RECURSO DE CASACIÓN POR VULNERACIÓN DE DOCTRINA LEGAL: BASTA CITAR UNA SENTENCIA SI EL TS CAMBIA DE CRITERIO. (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Aunque es regla general que, cuando se fundamenta un motivo de casación en la vulneración de la doctrina jurisprudencial, habrán de citarse al menos dos sentencias (SSTS de 30 de diciembre de 1991, 16 de noviembre de 1994 y 3 de abril de 1995, entre otras), basta una sola cuando el Tribunal Supremo cambia de criterio con específica declaración al efecto sobre la nueva doctrina.

LA RETENCIÓN A CUENTA DEL IRPF QUE PRACTICAN LAS EMPRESAS ES UN PAGO POR CUENTA AJENA, QUE LE ES ÚTIL A LA PERSONA A QUIEN CORRESPONDE HACERLO. (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Hechos.—Una empresa indemnizó, por cese, a un consejero de la misma con 33 millones, sin retenerle nada por el IRPF. Sometida a inspección fiscal la empresa, pagó como retención hecha a dicha persona más de siete millones y medio. La empresa demanda al ex-consejero, reclamándole lo que pagó por el concepto de retención. La demanda se estima.

Doctrina de la Sentencia.—En el presente caso se trata de un litigio interpuesto en vía civil en donde se ejercita una acción de reembolso por parte de quien pagó una obligación —empresa— que era a cargo de otro —el demandado trabajador— y por ello se apoya la acción en el artículo 1.158 del Código Civil, sobre el pago hecho por tercero con utilidad para el deudor, por lo que en derecho sustantivo es menester comprobar si los presupuestos de ese reembolso se cumplen como son: Obligación de pago a cargo del deudor, pago anticipado por la empresa, beneficio o utilidad de dicho pago.

No es posible entender que, con independencia de que sea cierto que la retención es una anticipación de ingresos a favor de Hacienda Pública y que esa obligación de anticipar el ingreso recae en la empresa, sea una obligación exclusiva a cargo de dicha empresa, puesto que las indemnizaciones que se perciban en virtud de cese voluntario, en la parte que excede del mínimo marcado por la legislación laboral, estarán sujetas al impuesto correspondiente y a la correlativa retención.

Es inexacto que no se den los requisitos del artículo 1.158 del Código Civil, habilitante del reembolso postulado, puesto que existe una deuda ajena, sin perjuicio de la obligación que tenga la empresa de anticipar su importe; la deuda es válida y exigible, y por lo tanto la retención procedía de la indemnización abonada; el pago a Hacienda no se produce por el error inexcusable; es inexacto que el pago no aproveche o fuese útil a la persona a cuyo cargo debía corresponder.

Dentro del derecho fiscal acaece la posible exoneración de responsabilidad, si es que se hubiese acogido o utilizado por el contribuyente, lo que se denomina en la técnica específica al respecto «la elevación al íntegro», en aplicación de lo dispuesto en el artículo 60 del Reglamento 1841/91, supuesto de hecho que, en su divulgación más elemental, equivale a que si el trabajador recibe de la empresa una indemnización de 1.000.000 de pesetas, sujeta y no exenta del IRPF, que no se practica por la empresa retención, cuando debería haberlo hecho al tipo, por ejemplo, del 20 por 100; el trabajador entonces se entiende fiscalmente que percibe cantidad neta de retención, al declarar la indemnización percibida más la retención legal establecida y no practicada; en definitiva, es claro que no habiéndose acreditado que por parte del trabajador hubiese actuado a tenor de dicho posibilismo, de clara connivencia con el objetivo lícito de la recaudación exacta e íntegra por parte de Hacienda de estos impuestos, tampoco cabe entender que quedará exento de la repetición o repercusión de la retención llevada a cabo por la actora.

EL JUEZ NO ESTA OBLIGADO A UTILIZAR LA PRUEBA DE PRESUNCIONES. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Establece la jurisprudencia de esta sala que el artículo 1.253 autoriza al juez, mas no le obliga, a utilizar la prueba de presunciones, por lo que cuando el juzgador de instancia no hace uso de la misma para fundamentar su fallo y sí de lo que resulta de las pruebas directas obrantes en autos, no se infringe dicho precepto (sentencias de 21-12-1990 y 6-6-1997). Asimismo enseña que la prueba de presunciones no puede identificarse con los *facta concludentia* ni con las máximas de la experiencia, deducciones o inferencias lógicas, basadas en la experiencia jurídica y vital, obtenidas de circunstancias determinantes de conclusiones razonables en orden normal de convivencia (sentencias de 4-7-1996 y 7-3-1997).

EL DOLO PUEDE COMBATIRSE MEDIANTE ACCIÓN O EXCEPCIÓN. (SENTENCIA DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El dolo —sinónimo de engaño malicioso— no puede quedar impune, pues las formas de ejercicio de los derechos subjetivos no se operan únicamente a través de acciones propiamente dichas (posición procesal del demandante), sino también a través de las correspondientes excepciones que contrarrestan la acción contraria y que responden a la posición procesal del demandado. Y es esta la razón, como dice la sentencia de 13 de octubre de 1989, de que ya el pretor en el Derecho Civil Romano concedía contra el doloso los recursos procesales precisos para dejar el contrato sin efecto, recursos que eran la *actio doli* contra el culpable del engaño, cuya

finalidad era reclamar la indemnización de todos los daños sufridos, pudiendo determinar también la revocación del negocio, y la *exceptio doli*, con la cual el defraudado podía defenderse contra la acción que entable la otra parte para exigir el cumplimiento del negocio jurídico viciado.

LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS TIENE EL CARÁCTER DE DEUDA DE VALOR. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1989.)

Doctrina de la Sentencia.—La indemnización conducente a la reparación de daños y perjuicios tiene el carácter de deuda de valor y su cuantía ha de determinarse con referencia, no a la fecha en que se produzca la causa determinante del perjuicio, sino a la en que se liquidó su importe en el período de ejecución de sentencia, con mayor razón si el perjuicio es continuado o permanente en el tiempo.

Emerge como un predicado de justicia satisfactiva, que el perjudicado por el daño sea resarcido del quebranto inferido en su valoración dineraria, no por la suma en que se evaluó el mismo cuando se produjo, sino por la equivalencia al momento del pago o resarcimiento, colmando de correcta compensación el quebranto devaluatorio de la moneda, en particular cuando entre ambos actos, el de producción del daño y el del pago ha transcurrido un cierto lapso de tiempo relevante.

CONTRATO DE «LEASING»: DIFERENCIAS CON LA COMPRAVENTA Y CON EL PRÉSTAMO. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El contrato de arrendamiento financiero (leasing), como dice la sentencia de esta Sala de 28-11-1997, es una institución del derecho comercial importado del área jurídica de los Estados Unidos de América y plenamente incorporado a nuestro tráfico económico y comercial. Es un contrato complejo y en principio atípico, regido por sus específicas disposiciones y de contenido no uniforme, que jurisprudencialmente es conceptuado como un contrato con base a los principios de autonomía negocial y de la libertad que proclama el artículo 1.255 del Código Civil. Además, desde un punto de vista legislativo y como definición auténtica, hay que tener en cuenta lo que proclama la Disposición Adicional 7.^a en su apartado 1.º de la Ley de 29-7-1988, que dice que tendrá la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión de 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, y que incluirá necesariamente una opción de compra a su término a favor del usuario.

Se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos 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, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta.

Contrato igualmente distinto del préstamo de financiación a comprador, regulado en el párrafo 2.º del artículo 3 de la Ley de 17-7-1965, 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.

Es decir, no es una operación crediticia, sino un arrendamiento de cosa y una opción de compra. Una vez resuelto por arrendador y arrendatario, no cabe que el arrendador, *a posteriori*, pretenda resucitar el contrato ya extinguido y exigir una cláusula penal durísima.

CLAUSULA PENAL: ES UNA PRESTACIÓN A LA QUE SE OBLIGA EL PROPIO DEUDOR (NO UN TERCERO), PARA EL CASO DE INCUMPLIMIENTO O CUMPLIMIENTO DEFECTUOSO O RETARDADO DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL. (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1998.)

Hechos.—Los cónyuges don I. y doña M eran propietarios de un piso. El hijo de éstos, diciendo que era su mandatario verbal, lo vendió a don L., comprometiéndose a pagar una cierta suma si el contrato no pudiera llevarse a efecto. Los propietarios vendieron el piso a otra persona. Don L. demanda al hijo de los vendedores y la demanda se estima.

Doctrina de la Sentencia.—La denominada «pena convencional» (y la cláusula penal es una de sus modalidades) es aquella prestación que el deudor (el mismo deudor, no un tercero) se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal.

Al consistir la llamada cláusula penal (como toda pena convencional de la que aquélla es una modalidad) en la prestación que el deudor (el mismo deudor, no un tercero) se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retardado de la obligación principal, lo pactado en el contrato privado no puede merecer la conceptualización jurídica de cláusula penal, pues no fue una obligación contraída por los propios deudores, sino que se trata de una obligación autónoma y personal, asumida directamente por un tercero (el hijo de los supuestos vendedores).

Conforme al párrafo 2.º del artículo 1.155 del Código Civil, la nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal.

J. Q. S.

NO CABE REVISIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL EN CASACIÓN. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1999.)

Doctrina.—No es motivo de casación el error de hecho. No cabe realizar una valoración parcial y personal de la prueba, pues se convertiría este recurso extraordinario en una tercera instancia. Cabe recordar que, por principio general, la prueba de peritos es de apreciación libre, no tasada, valorable por el Juzgador según su prudente criterio, sin que existan reglas preestablecidas que rijan su estimación, por lo que no puede invocarse en casación la infracción de precepto alguno en tal sentido, ni el artículo 1.242 ni el 1.243 del Código Civil, junto con el 632 de la LEC, tienen el carácter de preceptos valorativos de la prueba a efectos de casación para acreditar error de derecho, pues la prueba pericial es, recordemos, de libre apreciación por el Juez. Y es que las reglas de la sana crítica no están codificadas, han de ser entendidas

como las más elementales directrices de la lógica humana y por ello es extraordinario que pueda revisarse la prueba pericial en casación, pues el Juez ni siquiera está obligado a sujetarse al dictamen pericial, pudiendo sólo impugnarse en el recurso extraordinario la valoración realizada si la misma es contraria en sus conclusiones a la racionalidad o conculca las más elementales directrices de la lógica.

«LEASING» ES UN CONTRATO ATÍPICO QUE NO DEBE CONFUNDIRSE CON EL DE PRÉSTAMO. (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1999.)

Doctrina.—El motivo de casación trata de que se califique como usurario cinco contratos de *leasing* financiero, no en función de los intereses pactados, sino de la cláusula contractual que regula el supuesto de incumplimiento de las obligaciones de pago. Con las cantidades ya abonadas con anterioridad y las que debe de abonar la sociedad recurrente como consecuencia de la aplicación de aquella cláusula, llega la misma a la conclusión de que los intereses son usurarios. Pero es obvio que se confunden dos cosas; los intereses pactados de la operación, y la pena por incumplimiento. Aquéllos, no hay duda para la Audiencia y la recurrente que son normales, luego no pueden quedar desnaturalizados por la cláusula de vencimiento anticipado, que tiene que ser objeto de un tratamiento casacional distinto, tratamiento que no aparece en este recurso.

Por otra parte, centrado el motivo en la sola infracción de la Ley de 23 de julio de 1908, no se adivina qué relación guarda con él las quejas del recurrente, cuando no ha combatido la calificación de los contratos como de *leasing* financiero que hace la Audiencia, y que como tales gozan de una tipicidad legal y jurisprudencial que no los identifica jurídicamente con el préstamo, que es al que se refiere el precitado artículo 1.

EXISTENCIA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO EN EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESCISIÓN DE UNA COMPRAVENTA AL NO HABERSE DEMANDADO AL ACTUAL PROPIETARIO DEL INMUEBLE. (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1999.)

Hechos.—Denuncia el Banco Bilbao Vizcaya, S. A., para tachar de incongruente la sentencia que combate, toda vez que acogió la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado a la que aparece como actual titular de la vivienda controvertida y sobre la que se proyecta la acción rescisoria ejercitada en la demanda.

Doctrina.—La excepción de litisconsorcio pasivo es controlable de oficio por afectar al orden público procesal conforme consolidada y suficiente reconocida doctrina jurisprudencial, lo que determina que se haya de pronunciar sentencia absolutoria en la instancia, dado que, en este caso, los dos pedimentos del suplico de la demanda mantienen conexión intensa y relacionada, actuando uno como presupuesto del otro y de este modo no ha de llevarse a cabo ruptura en la decisión para resolver la cuestión de la rescisión de la venta pública y dejar imprejuizada la afección que se pide de la vivienda al pago del préstamo bancario, prescindiendo, en todo caso, de quien se presenta de principio o, al menos aparece, como titular del inmueble del pleito.

Las incongruencias denunciadas no son de estimación, y aunque se descarte la revisión en casación de la excepción como situación de incongruencia, sin embargo esa circunstancia, que genera una estructura especial de litisconsorcio pasivo necesario, permite que haya de ser entendida y aplicada con todos sus efectos y trascendencia en el proceso. En este sentido se alega en el motivo primero denuncia de no haber procedido el Tribunal de Instancia, toda vez que acogió la excepción, a la reposición de las actuaciones al momento de la comparecencia intermedia, por tratarse de juicio de menor cuantía."

La sentencia recurrida en su fundamento jurídico segundo, hace constar que en el acto de la vista, el Banco solicitó que se llevara a cabo retrogresión procesal de actuaciones, con el fin de subsanar la falta de litisconsorcio pasivo necesario, lo que no fue atendido, aduciendo que ofrecía grandes dificultades para el desarrollo del juicio efectuar el emplazamiento de la persona ausente de la contienda procesal, sin que se acierte a explicar cuáles y en qué consisten dichas dificultades, que NOS tampoco alcanzamos a comprender y las rechazamos profundamente.

El alegato ha de ser tenido en cuenta y por sí representa un reconocimiento bien expreso de la recurrente de que constituyó en forma incompleta la relación procesal.

El Tribunal *a quo* no se sujetó y debió de aplicar la doctrina jurisprudencial que resulta perfectamente identificado y localizable. Así pues, el defecto de litisconsorcio pasivo puede subsanarse en la comparecencia intermedia prevista en el artículo 693 de la LEC y su apreciación tardía no puede llevar a la absolución en la instancia, sino a una reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno, es decir, a dicha comparecencia. Los números 2.º y 3.º del artículo procesal 693 permiten subsanar la falta de presupuestos procesales, por razones de adecuada economía procesal en garantía del derecho fundamental que proclama el artículo 24 CE.

La sentencia de 18 de marzo de 1993 es definitiva en cuanto señala y precisa que de acuerdo con las exigencias del derecho a la tutela judicial y con la prohibición de encubrir cualquier *non liquet* sobre el fondo por requisitos de forma que pueden ser sanados (art. 11-3.º LOPJ), el tratamiento que da la jurisprudencia a la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y la apreciación de la misma, íntimamente ligada a la cuestión de fondo, impone resolverla como cuestión previa. Tras la reforma operada en la regulación del juicio de menor cuantía, nada impide y resulta aconsejable, cuando el litisconsorcio se manifiesta concurrente, que mediante la comparecencia, cuyos efectos saneadores procesales lo justifican, se proceda a remediar la carencia de este presupuesto necesario que imposibilita resolver el fondo del asunto discutido, lo que impone que, en el presente caso, de apreciación tardía de la excepción han de retrotraerse las actuaciones al momento de la comparecencia para que se proceda a salvar la excepción, conforme interesa el recurrente, si bien debió de haberlo solicitado en la instancia, y dicho acto procesal lo ha de aprovechar la parte demandante para demandar a la persona que resulta procesalmente interesada, por afectarle directamente la sentencia que se pronuncie en relación a lo que se suplica.

TRANSMISIÓN DE UN «BUNGALOW» POR UN ADMINISTRADOR MANCOMUNADO QUE, CON TRANSGRESIÓN DE SUS FACULTADES, ENAJENA UNILATERALMENTE. PREVALECE LA VENTA POR CUANTO ACTUÓ UN REPRESENTANTE APARENTE, NOTORIAMENTE VINCULADO A LA EMPRESA, QUE POR ACTOS POSTERIORES, RATIFICÓ TÁCITAMENTE EL ACTO DISPOSITIVO. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1999.)

Doctrina.—La doctrina dominante sostiene que debe ser mantenido en su contrato quien lo celebró de buena fe con un representante aparente. Y esto es lo que ocurrió con la compra del *bungalow* controvertido, ya que el Consejero-Delegado actuaba en el piso piloto de la urbanización, firmó el recibo de la entrega inicial del precio en nombre de la sociedad y disponía, para consolidar esa apariencia, de un grupo de secretarías y medios burocráticos en el mismo piso piloto.

La nueva normativa del Registro Mercantil viene a consolidar una regulación ya decantada en el Código de Comercio, en los preceptos referentes al factor. Ya en el siglo pasado se sintió la necesidad de proteger a los terceros de buena fe. Y en el artículo 286 del Código de Comercio se establecía esta doctrina progresiva: los contratos celebrados por el factor de una empresa se entenderán hechos por cuenta del propietario, cuando aquél notoriamente pertenezca a una sociedad conocida, aún cuando se alegue abuso de confianza o transgresión de facultades.

El artículo 129 LSA es categórico: cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.

La protección de la buena fe es total en el párrafo 2.º de este precepto, ya que se extiende al aseguramiento incluso de contratos no comprendidos en el objeto social: «La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto es ajeno al objeto social».

SE CONSIDERA PRACTICA DESLEAL LA VENTA DE LIBROS CON DESCUENTO FUERA DEL RECINTO FERIAL DE LA FERIA DEL LIBRO. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1999.)

Hechos.—Se propone como motivo del recurso, la infracción del artículo 15 de la Ley 3/91, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en relación con el artículo 3.A) del Real Decreto 484/90, de 30 marzo, sobre el precio de venta al público de libros, y con el artículo 33 de la Ley 75, de 12 de marzo, del Libro. En su profusa y extensa fundamentación se sostiene esencialmente que el descuento máximo autorizado del 10 por 100 del precio de venta al público de los libros durante la Feria del Libro ha de efectuarse en las operaciones realizadas en el recinto ferial exclusivamente, no en establecimientos; y que el Gremio de Libreros de Valencia, organizador de la Feria del Libro en esa ciudad, estaba facultado legalmente para la determinación del lugar donde se podían vender libros con ese descuento.

Doctrina.—Partiendo de la base de que la Ley 9/75, de 12 de marzo, del Libro, preceptúa en el artículo 39 que los libros se venderán por el precio fijo que figure en cada ejemplar, salvo excepciones que no son del caso, y que reglamentariamente se determinarán los descuentos o bonificaciones que

puedan aplicarse con ocasión del Día del Libro, Ferias nacionales, congresos o exposiciones, no hay duda de que es legal el acuerdo del gremio recurrente fijando el descuento en el 10 por 100 durante la Feria del Libro, en virtud del artículo 3.º del Real Decreto 484/90, de 30 de marzo. Tal acuerdo puede, legítimamente, contener las limitaciones que los organizadores de la Feria tengan por conveniente, como los días de aplicación y lugares en que se podrá practicar. Si la Feria, por su propia naturaleza, es el lugar acotado en aquellos días para la compraventa pública de libros, no hay ninguna arbitrariedad ni discriminación para nadie en la conducta de la entidad recurrente sino que se ajusta a los preceptos legales citados. El Gremio de Libreros de Valencia, en virtud de ellos, podía organizar la Feria del Libro, y el tipo de descuento en las ventas del libro dentro de la misma. Fuera de su recinto, obviamente, no hay ninguna feria organizada, sin que pueda confundirse Feria del Libro con días feriados, en el sentido de que en ellos cualquier librería podía hacer el descuento que marcase el Gremio de Libreros. Su poder para establecer el descuento es conexo a sus facultades de «organizar la Feria»; fijar aquellos días no es en modo alguno sinónimo de aquellas actividades, nada se «organiza» entonces.

NO ES RESCINDIBLE LA VENTA DE PARTICIPACIONES DE UN COMUNERO A OTRO, RECAYENTES SOBRE FINCAS SUJETAS A LITIGIO. (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1999.)

Doctrina.—Se pretende la infracción del artículo 1.291-4.º del Código Civil, en cuanto que el citado precepto no exige que la venta haya de realizarse a terceros para que sea rescindible, y además, que cause perjuicio al que ejerce la acción rescisoria.

Es indiferente jurídicamente que la titularidad de las cosas litigiosas la ostente uno u otro, porque la sentencia que recaiga se hará de todos modos efectiva al figurar como demandados ambos. Por otra parte, el artículo 1.291-4.º del Código Civil se refiere a «cosas», no a la transmisión de obligaciones, que siguen su propio régimen (necesidad del consentimiento del acreedor) para que el obligado quede liberado.

EL REQUISITO DE QUE EL MANDATO SEA EXPRESO CONTENIDO EN EL ARTICULO 1.713-2.º DEL CÓDIGO CIVIL, NO EQUIVALE A QUE SEA ESCRITO, CABE EL MANDATO EXPRESO DE FORMA VERBAL. (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1999.)

Hechos.—Se argumenta en el motivo del recurso de casación que no existe ningún mandato especial ni se ha llevado al pleito efectuado por la propietaria del inmueble, en virtud de la cual una segunda sociedad codemandada en el recurso pudiese contratar la venta o transmisión o incluso aceptar parte del pago o arras, de forma que incumbe a la principal la realización del negocio mercantil de compraventa. De manera que tanto ni la propietaria ni persona autorizada ha contraído obligación alguna con terceros.

Doctrina.—Si bien tanto la sentencia de primera instancia como la que es objeto de apelación se pronuncian por la existencia de una relación de mandato entre ambas sociedades codemandadas, la cuestión planteada en el

motivo, la inexistencia de un mandato expreso de venta de la recurrente a favor de su codemandada, en realidad nunca fue planteada por la propietaria del inmueble en su contestación a la demanda y así, el hecho primero de este escrito se inicia diciendo: «Nada tenemos que objetar a lo que se dice en el correlativo de la demanda, de que (la segunda sociedad codemandada) estaba autorizada para la venta en exclusiva de diferentes inmuebles realizados por mi mandante y propiedad de ésta», paladino reconocimiento de la existencia del mandato expreso de venta, pues es sabido que el requisito de que el mandato sea «expreso», del artículo 1.713-2.º del Código Civil, no equivale a que sea «escrito», sino que también cabe el mandato «expreso» en forma verbal; se da por tanto, una patente contradicción entre lo admitido por la recurrente en su escrito inicial y lo pretendido en el motivo, siendo de notar que en ningún pasaje de su contestación a la demanda la recurrente hace mención a la falta de mandato expreso a favor de su codemandada, basando su oposición a la demanda en la existencia de un compromiso de venta rescindido por incumplimiento del actor, y sin citar otro precepto legal como fundamento de su oposición que el artículo 1.454 del Código Civil.

I. I. M.

INEXISTENCIA DE CONTRATO. (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia de Xátiva (Játiva), en sentencia de 21 de abril de 1992, estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.ª), en sentencia de 14 de marzo de 1994, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Los hermanos don Lorenzo, don Ferrán, don Luis y don Rafael Barber Colomer, eran propietarios, cada uno de ellos, de cuarenta y cinco acciones de la entidad mercantil «Santiago Barber, S.A.», cuyas acciones, sumadas a la de los tres hermanos, representaban un 17,43 por 100 del capital de dicha entidad. Don Rafael Barber Colomer era propietario de trescientas ocho acciones de la mercantil «Maderas Barber, S.A.», que representaban un 23 por 100 del capital de dicha sociedad. Mediante documento privado de fecha 25 de diciembre de 1990, los hermanos don Lorenzo, don Ferrán, don Luis y don Rafael Barber Colomer celebraron un contrato que, literalmente, es como sigue: «Los abajo firmantes deciden, con fecha de hoy, lo siguiente: Rafael vende de la empresa "Maderas Barber, S.A.", aproximadamente un 18,50 por 100 en partes iguales a Lorenzo, Ferrán y Luis Barber Colomer, el cual se queda con un 4,5 por 100, a cambio, y por el mismo valor, los hermanos Lorenzo, Ferrán y Luis Barber Colomer reciben este 18,50 por 100 de "Maderas Barber, S.A.", y venden a cambio, aproximadamente, un 17 por 100 y se quedan sólo con un 3,40 por 100 entre los tres; lo cual elevarán a escritura pública en el plazo de dos meses».

Doctrina de la Sentencia.—En un primer momento se alude a la posible infracción a la norma legal contenida en los artículos 1.261 y 1.273 del Código Civil, puestos en concordancia con lo señalado en el artículo 1.450 del propio Código Civil, con lo que se pretende sostener que el contrato litigioso es inválido o inexistente por carecer de objeto cierto y determinado, al no

expresarse en el mismo cuál era la contraprestación que los demandantes habían de hacer a su hermano, el demandado, y, por otro, que el contrato verdaderamente celebrado entre ellos no era una permuta, sino una compraventa, cuando dice textualmente: **«Relevante resulta el hecho de que, en prueba de confesión judicial, nuestro representante manifiesta con reiteración que las conversaciones habidas entre las partes siempre habían sido tendentes a la compraventa mutua de acciones de las empresas "SANTIAGO BARBER, S.A." y "MADERAS BARBER, S.A.", nunca a la permuta de las mismas, dado que eran difícilmente permutables atendiendo a la disparidad de valor que poseían las acciones de ambas mercantiles»**. Pero, en realidad, es reiterada la doctrina de la Sala en sentencias como las de 7 de diciembre de 1966; 3 de junio de 1968; 27 de junio de 1969; 18 de marzo de 1970; 13 de abril de 1982; 29 de marzo de 1984; 16 de abril de 1985; 7 de junio de 1986; 23 de marzo y 1 de julio de 1988; 26 de abril de 1989; 18 de julio de 1996, entre otras, la de que la existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo es cuestión de mero hecho y, en cuanto tal, su constatación es facultad privativa de los juzgadores de la instancia, cuya apreciación, obtenida a través de la valoración de la prueba practicada, ha de ser mantenida y respetada en casación, en tanto que la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado, mediante la denuncia de error de derecho en la valoración de la prueba con invocación de la norma valorativa de la misma que se considere infringida. Y de lo que no cabe duda es de que los demandantes se obligaron a dar al demandado participaciones en la sociedad «Santiago Barber, S.A.», en tanto que el segundo se obligó a dar a los primeros participaciones en la sociedad «Maderas Barber, S.A.». La referida conclusión probatoria obtenida por la sentencia recurrida ha de ser mantenida invariable en esta vía casacional al carecer los preceptos invocados, como supuestamente infringidos, de norma alguna valorativa de prueba. Es, además, reiterada la doctrina de la Sala, cuya notoriedad excusa una cita pormenorizada de la misma, la de que la calificación de los contratos, en cuanto integrante de la interpretación de los mismos, es función propia de los juzgadores de la instancia, cuyo resultado hermenéutico ha de ser mantenido invariable en casación, a no ser que el mismo sea ilógico, absurdo o contrario a la ley, de cuyos defectos no adolece la calificación que la sentencia recurrida ha hecho del contrato litigioso como contrato de permuta. En el proceso que nos acontece aparece probado que los hermanos don Lorenzo, don Ferrán y don Luis Barber Colomer son propietarios cada uno de cuarenta y cinco acciones y mediante la confesión judicial del propio demandado, aquí recurrente, el cual, al absolver las posiciones segunda, tercera y cuarta, reconoce expresamente que sus aludidos hermanos (los demandantes) son propietarios de las referidas acciones.

CONTRATO DE FIANZA. CONTRATO DE PRÉSTAMO. (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 49 de los de Madrid, en sentencia de 26 de enero de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.ª), en sentencia de 6 de junio de 1994, estima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Base fáctica.—Con fecha 6 de mayo de 1982, se constituyó en escritura pública la sociedad «Fer-Canarias, S.A.», que, de momento, no fue inscrita en el Registro Mercantil. Con fecha 20 de julio del mismo año, en documento privado, se celebró contrato de fianza de obligación futura, cuyo contenido esencial se halla en la cláusula primera, primer párrafo, del siguiente tenor literal: «Los socios actuales de "Fer-Canarias, S.A." (don Fernando Lobo Romero, don José Antonio Lobo Romero, don José María Pérez de Acha García, don Emilio Díaz Valdés, don Blas Camacho Zancada y don Pedro Merchén Herreros) se obligan a responder de las responsabilidades dinerarias que resulten del crédito de la cantidad que "Fer-Canarias, S.A." ha solicitado del Banco de Crédito Industrial, en caso de su concesión, considerándose igualmente avalistas de dicho crédito, de forma que la garantía del aval queda distribuida entre los actuales socios en proporción al porcentaje de participación de cada uno en el capital social», y es interesante destacar la cláusula adicional del contrato que es del siguiente tenor literal: «De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, como quiera que "Fer-Canarias, S.A." no ha tenido todavía acceso al Registro Mercantil, la validez de este contrato queda subordinada a que, efectivamente, se produzca tal acceso registral y a que dentro del plazo de tres meses a contar desde su inscripción dicha sociedad, por acuerdo de su Junta General ratifique íntegramente este instrumento. En tanto no se produzcan las mencionadas inscripción registral y ratificación, los promotores responderán solidariamente con la afección de todos los bienes de sus respectivas sociedades conyugales, en su caso, del cumplimiento de las obligaciones pecuniarias para con el Banco de Crédito Industrial previstas en este contrato.

El contrato de préstamo de 1 de octubre de 1982 tiene garantizada la obligación de devolver el capital por el prestatario, por una fianza, no dos; y la fianza no es la del primer contrato de 20 de julio de 1982, sino la que se constituye en el segundo, el de préstamo, de 1 de octubre de 1982. El contrato primero no se plasmó en el segundo, se podría haber cumplido por los contratantes, pero no lo hicieron así, sino que otras personas, algunas coincidentes, celebran nuevo y distinto contrato de fianza. El codemandante don Fernando Lobo pudo haber exigido que los contratantes del primer contrato, lo cumplieran afianzando el préstamo del segundo contrato, pero no lo hizo; en éste se constituyó fianza en forma distinta, solidaria, y por personas no coincidentes totalmente. En el primer contrato, unas personas, los demandados, se obligan a responder; en el segundo contrato, no exactamente las mismas personas, afianzan efectivamente el préstamo. En conclusión, el primer contrato DE FIANZA carece de eficacia desde el momento en que se contrata una fianza distinta en el segundo contrato DE PRÉSTAMO otorgado ante Agente de Cambio y Bolsa.

Doctrina de la Sentencia.—El primer contrato de fecha 20 de julio de 1982 es un **contrato de fianza**, cuyo concepto legal lo da el artículo 1.822 del Código Civil: por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste, y el concepto doctrinal es: aquel contrato por el que una parte —fiador— asume la obligación de cumplir la contraída por otro —fiado— en el caso de no hacerlo éste frente a su acreedor; es de obligación futura, que contempla el artículo 1.825; el **contrato de préstamo**, el segundo contrato, de 1 de octubre de 1982, realiza efectivamente el préstamo, se entrega el dinero a la sociedad prestataria, dinero que no fue devuelto hasta el juicio

ejecutivo, en vía de apremio y es en este contrato, préstamo, donde se constituye fianza a favor del fiado que es «Fer-Canarias, S.A.», frente al acreedor, que es el Banco, es decir, que el contrato de préstamo tiene incluida el de la fianza y ésta no es otra que la que consta en el mismo. Y es que los demandantes han ejercido la acción que prevé el artículo 1.844 del Código Civil, derecho de regreso a favor del cofiador que ha pagado la deuda objeto de la fianza, pero lo han hecho basándose en el primer contrato, el de 20 de julio de 1982. Ésta es la *causa petendi*. Este primer contrato ya se ha dicho que carece de eficacia, se extinguió al celebrar el segundo contrato, de préstamo con nueva fianza, de 1 de octubre de 1982. Y si por ello no se puede dar lugar a su pretensión, tampoco puede darse lugar al derecho de regreso, basándose en el segundo contrato, pues ello implicaría una incongruencia *extra petitum* en el sentido de no coincidencia del fallo con la pretensión de la parte; se mantiene el principio *iura novit curia* como posibilidad de aplicar normas distintas a las alegadas, pero siempre ajustándose a la cuestión de derecho planteada, es decir, no cabe acceder a la pretensión por título distinto del alegado: la sentencia, no conforme con la *causa petendi*, incurre en incongruencia.

EL ARTICULO 1.902 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Langreo, en sentencia de 16 de julio de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 1.ª), en sentencia de 14 de marzo de 1994, desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Objeto de la litis.—En el presente caso la parte recurrente establece unos datos fácticos que no tienen nada que ver con los plasmados en la sentencia recurrida, que, a su vez, recoge los de la primera instancia. Trata esta contienda judicial en fundamentar su motivo casacional en unos hechos diferentes a los fijados o tenidos en cuenta en la resolución, y en base a esto es doctrina jurisprudencial consolidada la que tiene declarado que no es lícito en casación partir de una premisa dialéctica que ha sido destruida conforme a la situación de hecho declarada en la instancia con la aplicación del ordenamiento jurídico correspondiente a tales hechos. La casación no puede estar basada, pues, en argumentos que desconozcan los hechos establecidos en la instancia si no han sido desvirtuados en forma adecuada.

Doctrina de la Sentencia.—Resulta y es incuestionable pensar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo **tienda** hacia un establecimiento emblemático de la responsabilidad objetiva para la derivada de los eventos concretados en el artículo 1.902 del Código Civil, precepto que da título al presente comentario, pero nunca lo ha realizado hasta establecer dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical, y así, como epítome de una doctrina jurisprudencial pacífica y ya consolidada. Es importante destacar la sentencia de 16 de diciembre de 1988, cuando dice que **«la doctrina de esta Sala no ha objetivado en su exégesis del artículo 1.902 del Código Civil, su criterio subjetivista y sí, únicamente, para su más adecuada aplicación a las circunstancias y exigencias del actual momento histórico ha procurado corregir el excesivo subjetivismo con que venía siendo aplica-**

do», y, sigue diciendo, **«por otra parte, dicha corrección, bien se opere a través de la aplicación del principio de riesgo, bien de su equivalente, como es el de inversión de la carga de la prueba, nunca elimina en dicha interpretación los aspectos no radical sino relativamente subjetivista con que fue redactado dicho artículo 1.902 del Código Civil»**. Ello, no es sin embargo, causa ni motivo para que tal responsabilidad surja siempre, dado que también, y como tiene proclamado la Sala, es de tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, ha de tener influencia manifiesta desde un punto de vista de regulación, lo que indudablemente resulta por aplicación de los principios de la justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica no se puede hablar de una responsabilidad indemnizante que se pueda reprochar a un tercero. Ahora bien, toda obligación, derivada de un acto ilícito, según constante y pacífica jurisprudencia, exige los siguientes requisitos:

- a) una acción u omisión ilícita;
- b) la realidad y constatación de un daño causado;
- c) la culpabilidad que, en ciertos casos, se deriva del aserto, que si ha habido daño ha habido culpa, y,
- d) un nexo causal entre el primer y segundo requisitos.

CUMPLIMIENTO DE CONTRATO. (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Instancia número 6 de los de Ourense, en sentencia de 8 de febrero de 1994, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Ourense, en sentencia de 5 de abril de 1995, acoge en parte el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—Lo más relevante en la presente litis está unido a la valoración que se otorga a la prueba testifical, pues, no obstante, se refiere ésta a un único testigo que reconoce le afecta una de las **«generales»** de la Ley, tal circunstancia no vulnera la libertad de valoración que, para formar su convicción, incumbe al órgano jurisdiccional. La prueba testifical no está sujeta a reglas legales de valoración, de manera que el testimonio de un solo testigo o el testimonio de un testigo susceptible de ser tachado, pueden inducir válidamente a formar el convencimiento del juez sobre la veracidad de sus datos, objeto de prueba, tanto más cuanto que la Sala explícita los criterios que dentro de las reglas de la sana crítica la conducen a formar tal convicción.

CONTRATO DE OBRA. RECLAMACIÓN DE PARTE DEL PRECIO NO SATISFECHO. (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 40 de los de Madrid, en sentencia de 6 de abril de 1992, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.^a), en sentencia de 23 de mayo de 1994, estima parcialmente el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Objeto del litigio.—Las capitulaciones matrimoniales por las que se pacta el régimen de separación de bienes son ineficaces. Según el artículo 1.335 del Código Civil, la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se rige por las reglas generales de los contratos y las consecuencias de la anulación no perjudican a terceros de buena fe. Y el artículo 1.291.3, del mismo texto legal, regula la rescisión en fraude de acreedores, acción esta que es subsidiaria. Aquí son **los condenados** los que pretenden, frente a la actora, que se declaren válidas las capitulaciones porque en nada afectan a la parte actora. Y son **los actores** los que buscan la ineficacia para tener garantizado el cobro con los bienes de los esposos antes de la partición.

Doctrina de la Sentencia.—Se plantea en este caso la discusión de la valoración de las pruebas. Es reiterado y constante para este caso el contenido de la sentencia de 26 de noviembre de 1993, según la cual, la modificación del régimen matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1.317 del Código Civil), y éstos podrán acudir a la acción rescisoria (art. 1.291.3) siempre de carácter subsidiario, o dirigir la acción de reclamación contra el cónyuge deudor o contra el no deudor en los bienes que las nuevas capitulaciones le adjudiquen, así como, según el artículo 1.402, conservando los acreedores de la sociedad de gananciales los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de herencias, por lo que hecha la partición, los acreedores pueden exigir por entero el pago de su crédito a cualquiera de los herederos (art. 1.084). En conclusión, las capitulaciones de los recurrentes en nada alteran ni perjudican a los demandantes para el cobro de su crédito, y en tal sentido, carecen de eficacia alguna en el presente litigio, pero no pueden generar una declaración genérica de ineficacia, como contiene la sentencia de primera instancia, sin haber hecho razonamiento alguno en los fundamentos de su decisión. Y tampoco se puede mantener el fallo de la sentencia de apelación, en cuanto tras fijar la condena al pago de cantidad dice que se mantienen los demás pronunciamientos de la sentencia porque entre éstos está la ineficacia de las capitulaciones y además con la doctrina de la Sala.

RESPONSABILIDAD DECENAL. EL ARTICULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL.
(SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Orihuela, en sentencia de 3 de enero de 1994, estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4.^a), en sentencia de 30 de octubre de 1995, desestima los recursos de apelación interpuestos.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—La cuestión litigiosa se basa en el ejercicio de acciones **por responsabilidad decenal —art. 1.591 del Código Civil: vicios ruinógenos—** y acumulación de autos, en relación con la legitimación activa de la Urbanizadora Villamartín, S.A. Más extensamente diremos que: con fecha 10 de julio de 1992, don William Charles Floate, adquirente de una vivienda unifamiliar, de las veinte que había promovido Urbanizadora Villamartín, presenta demanda frente a la citada promotora, frente a la constructora, el arquitecto y los

arquitectos técnicos, en solicitud de que se les condene solidariamente a reparar las deficiencias, omisiones y vicios existentes y que pudieran aparecer en dicha vivienda y a percibir su correspondiente indemnización por los daños y perjuicios sufridos.

Doctrina de la Sentencia.—Es cierto que las normas que regulan el acceso a casación tienen el carácter de imperativas, de *ius cogens* o de «derecho necesario», sin que puedan ser modificadas por el principio dispositivo ni por la voluntad concurrente de las partes, obligando a los propios Tribunales que han de acusar su infracción de oficio, ocurriendo en el caso que nos ocupa que las dos demandas acumuladas se tramitaron como de cuantía indeterminada y si el artículo 1.687.1.º b) declara, como regla general, que son susceptibles de recurso de casación los juicios de menor cuantía en que ésta sea inestimable o no haya podido determinarse ni aun en forma relativa por las reglas que establece el artículo 489, inmediatamente exceptúa de dicha regla los supuestos en que las sentencias de apelación y primera de instancia sean conformes. Al mismo tiempo, el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señala, con carácter obligatorio que, en toda demanda se fijará con precisión la cuantía objeto del pleito, conforme a las reglas establecidas en el precepto anterior, y cuando no pueda determinarse por ellas se expresará en la misma demanda la clase de juicio en que haya de ventilarse. La primera de las demandas declara expresamente su cuantía indeterminada y lo justifica porque, si bien aporta un informe técnico en que se presupuesta la reparación de los daños, en fecha más actual se produce un incremento de los deterioros, por lo que la cuantía exacta de la reparación será la que determina a lo largo del procedimiento, aparte de que solicita también la indemnización de daños y perjuicios, que no se cuantifican dejando su determinación para ejecución de sentencia. Y lo mismo ha de decirse de la segunda demanda, que al final de los hechos es la única referencia existente en el cuerpo de la demanda a la cuantía, pues se desconocía, a priori, el alcance y valor de las reparaciones a realizar, toda vez que tal extremo sólo podrá concederse con exactitud en el momento en que hayan de acometerse las obras. Por todo ello, la determinación de la cuantía del procedimiento deberá quedar diferida al resultado que se obtenga de la prueba a realizar. Es por cuanto antecede que, para cumplir con el mandato del artículo 490, ambas demandas señalan que el procedimiento a seguir es el de menor cuantía, extremos que no se discuten en el litigio.

CRÉDITOS NO TRIBUTARIOS: EL RECURSO CAMERAL. (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 49 de los de Barcelona, en sentencia de 23 de septiembre de 1993, estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª), en sentencia de 21 de abril de 1994, desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—La «Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona» promueve juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra la Compañía «Comercial Rovisor, S.A.», pretendiendo que la mercantil demandada sea condenada a satisfacer a la actora una determinada suma de dinero

más sus intereses legales. El Juzgado de Primera Instancia número 49 de los de Barcelona, después de desestimar la excepción de incompetencia de jurisdicción y la cuestión de inconstitucionalidad de las normas aplicables al litigio, acoge íntegramente la demanda y condena a «Comercial Rovisora, S.A.», sentencia que fue confirmada por la Audiencia.

Doctrina de la Sentencia.—La demanda y la sentencia justifican la procedencia de la jurisdicción ordinaria en la imposibilidad de reclamar el recurso por la vía de apremio prevista para las Administraciones Públicas, lo cual supone una contradicción jurídica en cuanto se acude a la jurisdicción civil ordinaria por un lado, y se pretende, por el otro, basar la procedencia de las cantidades reclamadas no sólo en normas de exclusivo carácter de derecho administrativo, sino también en resoluciones favorables del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Y es que el Reglamento General de Recaudación, en la redacción del Real Decreto 925/1977, de 28 de marzo, exigía que la posibilidad de utilizar el procedimiento de exacción por la vía de apremio estuviera autorizado por Ley, resulta evidente que en la actualidad hay una habilitación legal expresa derivada de la actual Ley de Cámaras de 22 de marzo de 1993, sin que en la misma se excluya en absoluto su aplicabilidad a cuotas del recurso, y la Ley de Procedimiento Administrativo anterior autorizaba en su artículo 105 la utilización de la vía de apremio, lo cual permanece inalterable en la actual Ley de Procedimiento Administrativo común. No cabe admitir la contradicción jurídica que supone acudir a la jurisdicción civil y basar su reclamación en normas de derecho administrativo y en resoluciones judiciales derivadas del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues aun cuando resulta evidente la naturaleza de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación como Corporaciones de derecho público con personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines en palabras de la Ley 3/1993, de 22 de marzo, también lo es que su configuración como órganos consultivos y de colaboración con las Administraciones Públicas, lo es «sin menoscabo de los intereses privados que persiguen», siendo, precisamente, la prosecución, defensa y protección del sustrato privado que les caracteriza lo que impide su calificación de tales Cámaras como meras manifestaciones de Corporaciones Públicas sin más, con la plenitud de efectos y consecuencias jurídicas propias de ellas, y ya se ha aludido a la Ley 3/1993, la cual en vigor, es de decir que no es posible atribuirle carácter retroactivo, especialmente en aquellos aspectos reguladores del recurso. Paralelamente decir, en cuanto al período anterior a la citada Ley 3/1993, que es de tener en cuenta como norma fundamental, el Real Decreto de 28 de marzo de 1977, en el que se vino a exigir la necesidad de norma de rango de Ley para conceder el procedimiento de apremio a organismos o Entidades no estatales, para el cobro de sus créditos no tributarios, entre los que se encuentra, sin duda, el denominado **recurso cameral**, sin que a los fines de su recaudación pudiera pensarse en proyectar al mismo la norma prevenida en el artículo 105 de la Ley sobre Procedimiento Administrativo, por consiguiente, al problema jurisdiccional planteado habrá que entender aplicable el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que confiere a la del orden civil el conocimiento, además de las materias que le son propias, todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional, procediendo pues rechazar el exceso en el ejercicio de la jurisdicción invocada.

RESPONSABILIDAD DECENAL POR VICIOS RUINOGENOS DEL ARTICULO 1.591 DEL CÓDIGO CIVIL JUEGO DE LA SOLIDARIDAD Y EXTENSIÓN DE LA PROMOTORA. (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Málaga, en sentencia de 1 de diciembre de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.^a), en sentencia de 16 de junio de 1994, desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Objeto de la litis.—La jurisprudencia en una función integradora del artículo 1.591 del Código Civil ha venido a incluir entre las personas intervinientes en el proceso constructivo sujetas a la responsabilidad que en dicho precepto regula al constructor-promotor, que reúne generalmente en una misma persona el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal, beneficiario económico de todo el complejo jurídico constructivo, etc., lo que no impide que para la realización y ejecución del proyecto, utilice personal especializado al que ha de contratar, incluido el constructor o ejecutor material de los distintos elementos que integran el conjunto del edificio. Los criterios determinantes de la inclusión del promotor en el círculo de las personas a que se extiende la responsabilidad del artículo 1.591 son los siguientes: 1) que la obra se realice en su beneficio; 2) que se encamine al tráfico de la venta a tercero; 3) que los terceros adquirentes hayan confiado en su prestigio comercial; 4) que sea el promotor el que elija y contrate al contratista y a los técnicos, y 5) que adoptar criterio contrario supondría limitar o desamparar a los futuros compradores de pisos frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción.

Doctrina de la Sentencia.—Los demandados alegan, a lo largo del procedimiento, la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, en base a que tan sólo se ha demandado a uno de los arquitectos y no a los otros dos señalados en el procedimiento que, por tanto, cuando se ejercita una acción como la ejercitada por la parte demandante en la que se imputa el estado ruinoso de unos inmuebles, no basta con demandar a uno de los arquitectos, en base a un principio de solidaridad, sino que deben ser demandados la totalidad de los arquitectos, y cuando se sepa de antemano quién o quiénes son los responsables del defecto ruinógeno se debería haber dirigido la acción contra uno o varios intervinientes. Y es que, en realidad, el instituto de la solidaridad, cuando sea procedente por inconcreción de autorías de reprobabilidad, ampara la posibilidad de ejercitar la acción contra cualquiera de los agentes que hubieran intervenido en la ejecución de la obra, y así al respecto, por la propia Sala sentenciadora. Y es que el instituto de la solidaridad avala la posibilidad expresada, al margen de que, tras la resolución que proceda, la parte condenada, en su caso, inicie, si lo entiende conveniente, un nuevo pleito donde pueda repetir lo así satisfecho por esa condena solidaria frente a aquélla o aquéllas otras personas que no hubieran intervenido en el proceso por no haber sido llamadas en su día para acudir al mismo. Reiterada doctrina de la Sala tiene declarado que **la acción fundada en el artículo 1.591 del Código Civil, permite condenar solidariamente a todos los demandados que con su conducta han contribuido a los**

defectos funcionales o ruina del edificio y a los cuales no se les determine y cuantifique el grado de contribución al daño. Tiene también dicho que al constructor se equipara la figura del promotor. La solidaridad, es conocido, no entraña litisconsorcio pasivo necesario, y al condenado no le afectará la sentencia sin perjuicio de que pueda ser demandado en otro litigio por cualquiera de los que fueron parte en el presente. La responsabilidad declarada no la desvirtúa el que no se hubiera demandado al contratista, pues, no procede el litisconsorcio pasivo necesario cuando surge la figura de la solidaridad de responder, bastando interpelar procesalmente a alguno o algunos de los implicados.

Añadir además que, sin perjuicio de la no intervención material en la ejecución de la obra de la recurrente, su incorporación o inclusión entre los distintos agentes responsables al amparo de la sanción que contiene el artículo 1.591 del Código Civil, debe prevalecer, pues aunque la intervención del promotor haya sido con posterioridad a la ejecución de dicha obra, debe también responder por los vicios ruinógenos de la misma, en especial, cuando se le pueda atribuir una falta de diligencia a la hora de elegir, o a los profesionales de la ejecución, o bien, a la hora de vigilar la forma de ejecutarse las obras. También el promotor/vendedor es responsable, ya que por tales defectos existe un evidente incumplimiento de sus obligaciones como transmitente, en cuanto seleccionador de los técnicos ejecutores, aparte de que en nuestra litis, la promotora tiene derecho a obtener el correspondiente beneficio industrial. La responsabilidad del promotor viene derivada de los contratos de compraventa por los que se transmitió las viviendas y locales radiantes en el edificio, por lo que, al margen de la responsabilidad decenal que el artículo 1.591 del Código Civil sanciona, corresponde a la demandada aquella otra que por el incumplimiento de sus obligaciones como vendedora le corresponden.

DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS CON MOTIVO DE LA CIRCULACIÓN DE UN VEHÍCULO DE MOTOR. (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Sanlúcar de Barrameda, en sentencia de 25 de agosto de 1996, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 1.ª), en sentencia de 20 de diciembre de 1996, estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no ha lugar.

Objeto de la litis.—Tres caballos del demandado don Javier Hidalgo de Argüeso que habitualmente estaban en la finca «Santo Domingo» fueron los que, tras haber salido del cercado en el que se hallaban y acceder a la carretera irrumpieron en ésta, arrollando en su marcha al actor, tirándole al suelo y produciéndole graves lesiones que han deparado en las secuelas que padece, causándose uno de ellos una herida en la pata trasera derecha a consecuencia de la colisión.

Doctrina de la Sentencia.—Es de destacar, en primer lugar, que es indudable que seguido el trámite del juicio ordinario de menor cuantía, considerado a partir de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, como prototipo de los juicios declarativos, las garantías procesales que el mismo entraña son superiores a las del juicio verbal, por lo que ninguna indefensión se ha producido, por esa razón, a la parte recurrente, indefensión cuya existencia es necesaria para la

declaración de cualquier nulidad de actuaciones como la que comporta. Por otro lado, se advierte un ataque al resultado probatorio alcanzado por la Sala sentenciadora de instancia a través de la prueba de presunciones.

En nuestra litis se mantienen intangibles los hechos probados de que parte el Tribunal de apelación en su juicio presuntivo. La esencia de la presunción se encuentra en el enlace preciso y directo que religa el **hecho-base** en el **hecho-consecuencia** y que se ajusta a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante una verdadera presunción, sino ante los *facta concludentia*, que efectivamente han de ser concluyentes e inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia, y lo que se ofrece al control de la casación a través del artículo 1.253 del Código Civil es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, existiendo multitud de sentencias en que se reserva para la instancia la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles, pero si la deducción es razonable no cabe impugnarla, así como si los hechos base están demostrados. La Sala de instancia llega a la conclusión de que los tres caballos causantes del accidente que sufrió el actor eran los pertenecientes al recurrente, partiendo de los hechos-base que declara probados a través de un minucioso examen de los elementos de juicio aportados a autos, hechos que quedan inalterados en el recurso, sin que se puedan afirmar vulneradas las reglas de la lógica. Además, acreditada la propiedad del recurrente respecto de los animales causantes de las lesiones sufridas, sería innecesario acudir a los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, dado el carácter de plenamente objetiva que tiene la responsabilidad nacida del artículo 1.905 del citado Código, y que no resulta desvirtuada ante la falta de prueba sino todo lo contrario de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del perjudicado. Además, la determinación de la cuantía de la indemnización es función atribuida a la Sala de instancia y no revisable en casación, salvo que se modifiquen las bases fácticas de la cuantificación. En nuestro caso la determinación de la cuantía indemnizatoria ha tenido en cuenta las lesiones y secuela y los días que el actor invirtió en su curación. Las deudas indemnizatorias por daños y perjuicios son deudas de valor y para su cuantificación ha de tenerse en cuenta el momento de pago o resarcimiento.

NULIDAD DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Cáceres, en sentencia de 11 de enero de 1994, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Cáceres (Sala de lo Civil), en sentencia de 30 de abril de 1994, desestima el recurso de apelación.

No ha lugar al recurso de casación.

Hechos.—Se interpone demanda por doña María Navasa Mejías contra doña Esther José Navasa Mejías, cuyo *petitum* es el siguiente: * Se declare el fallecimiento de doña María Antonia Mejías y nazca una comunidad de bienes sobre el *totum* ganancial en la que participan don Ignacio Navasa en proporción de un 50 por 100 correspondiente a su parte de gananciales, y doña María Navasa y doña Esther Navasa en un 25 por 100, respectivamente, co-

munidad que pervive hasta su división. * Se declare pertenecientes a la comunidad de bienes y declarar nula la titularidad exclusiva en favor de uno de ellos. * Se declare la nulidad de las inscripciones de dominio y cualquier clase de anotaciones practicadas decretando su cancelación. * Se declare la nulidad de las compraventas instrumentalizadas a favor de doña Esther Navasa. * Se declare la nulidad de las inscripciones de dominio, entre otras peticiones.

Doctrina de la Sentencia.—Los motivos legales en que puede fundarse la no admisión de un recurso son pertinentes al resolver en el fondo, para desestimarle, aún cuando se hubiese admitido porque las razones de inadmisión son suficientes si resulta demostrada su existencia para que los recursos deban ser desestimados.

DECLARACIÓN DE INEXISTENCIA DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. SIMULACIÓN ABSOLUTA. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Valladolid, en sentencia de 14 de diciembre de 1991, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.^a), en sentencia de 13 de octubre de 1993, revoca la sentencia dictada en Primera Instancia.

Se estima el recurso de casación interpuesto.

Base fáctica.—Los esposos don Ángel Molero García y doña María Paz Calderón Pintado tuvieron tres hijos llamados doña María Amparo, doña Ana María y don Ángel Molero Calderón. Doña María Paz Calderón Pintado fallece el día 7 de noviembre de 1976, bajo testamento abierto. En la partición a su viudo se le adjudica en pleno dominio la mitad indivisa de la finca que aquí nos interesa. La otra mitad se adjudica en proindiviso por terceras partes iguales a sus tres hijos. Mediante escritura pública de compraventa, de fecha 24 de marzo de 1982, don Ángel Molero García vende a su hijo la antes citada mitad indivisa. Pero en 1984 el Ayuntamiento de Valladolid expropia un determinado número de metros cuadrados, la cantidad resultante de la expropiación aún no ha sido percibida por ninguno de ellos. El día 19 de octubre de 1985 fallece don Ángel Molero García, instituyendo herederos por partes iguales a sus tres hijos. Y con fecha 15 de junio de 1990, don Ángel Molero Calderón inscribe a su nombre en el Registro de la Propiedad número 3 de Valladolid, la mitad indivisa a que hemos hecho alusión. Con base a estos hechos, en abril de 1991, doña María Amparo Molero Calderón promueve contra su hermano, la esposa de éste y contra el esposo de su hermana —ya fallecida— y los siete hijos habidos de la misma con su cuñado, juicio en el que solicita se dicte sentencia declarando que en la escritura entre su padre y su hermano, éstos simularon la celebración de un contrato de compraventa, resultando por tanto éste inexistente y nulo, así como la escritura citada y la inscripción mediante ella lograda en el Registro de la Propiedad, condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones disponiendo la cancelación de la inscripción.

Doctrina de la Sentencia.—La Sala se encuentra en un todo conforme con los fundamentos que el juzgador *a quo* expone en la sentencia para la desestimación de la acción de nulidad ejercitada del contrato de compraventa de la mitad de la finca por simulación absoluta por falta de causa —precio— de dicho contrato, y, en consecuencia, al reunir el mismo todos los requisitos que

establece el artículo 1.261 del Código Civil procede desestimar dicha pretensión. Se probó lo siguiente: 1) No existe precio vil, pues la cantidad expresada en la compraventa como precio de lo adquirido era aceptable, teniendo en cuenta que se trataba de una compraventa entre padre e hijo. 2) Que los hijos restantes se enteraron de la compraventa a su debido tiempo. 3) Que el comprador demandado era plenamente solvente en dicha fecha, por lo que pudo hacer entrega del dinero pactado en cualquier forma, y 4) por el contenido de todos los documentos públicos y privados. Es elemento esencial del contrato de compraventa la existencia de un precio cierto, lo que conlleva la declaración de nulidad del contrato. En realidad son grandes las dificultades que encierra la prueba de la simulación de los contratos, y ello por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer los vestigios de la simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad, se hace preciso acudir a la prueba indirecta de las presunciones que autoriza el artículo 1.253 del Código Civil sobre la base de dicha doctrina jurisprudencial resulta imprescindible conocer cuáles son los hechos trascendentales que, efectivamente, aparecen probados o no probados en el proceso (hechos-base) para poder determinar si la conclusión alcanzada por la Sala de instancia lo ha sido o no conforme a las reglas de la sana crítica. Pero ante la imprecisión de los hechos, la Sala de casación se encuentra en la necesidad de hacer uso de su facultad integradora del *factum* para constatar cuáles son los hechos trascendentales, a los efectos de la adecuada resolución de la cuestión litigiosa planteada y que resultan probados. El día 24 de marzo de 1982 cuando don Ángel Molero García otorga escritura pública de compraventa litigiosa a favor de su hijo don Ángel Molero Calderón, el referido don Ángel Molero García, presunto vendedor, tenía ochenta y cinco años de edad, a cuya edad y salvo supuestos de verdadera necesidad para poder seguir subsistiendo, no es muy normal que una persona realice operaciones negociales aunque sean con su propio hijo. Don Ángel Molero García no tenía necesidad de vender para seguir subsistiendo, como lo reconoce su hijo. No resulta probado que don Ángel Molero García cobrase el precio de la referida compraventa. Tampoco aparece probado en qué forma o a través de qué entidad bancaria don Ángel Molero Calderón pagó a su padre el precio. La escritura pública de compraventa, de fecha 24 de marzo de 1982, no la inscribió a su nombre don Ángel Molero Calderón en el Registro de la Propiedad correspondiente hasta ocho años después de su otorgamiento (en fecha 15 de junio de 1990). Además, el juicio del Tribunal *a quo* sólo es censurable en casación cuando falte ese enlace preciso y directo entre el hecho demostrado, hecho-base, y el que se trata de deducir según las reglas del criterio humano, y es la falta de enlace preciso y directo la que evidencia la conclusión obtenida por la sentencia recurrida, pues de los hechos que aparecen probados, que la Sala ha tenido que poner de manifiesto en uso de su facultad integradora del *factum*, la consecuencia lógica que se obtiene es que la compraventa litigiosa instrumentalizada mediante escritura pública de 24 de marzo de 1982 fue simulada, con simulación absoluta, por carecer de causa, al no haber mediado precio alguno en la misma. También se deduce como claro que un demandante cuya demanda es estimada no puede en modo alguno ser responsabilizado por haber hecho adecuado uso de un legítimo derecho, cual es el de pedir y obtener anotación preventiva de demanda cuando ésta resulta estimada (art. 42.1.º de la Ley Hipotecaria).

En conclusión, como el contrato de compraventa litigiosa, instrumentalizado mediante escritura pública de fecha 24 de marzo de 1982, carece de causa,

por falta de precio, lo que entraña una simulación absoluta del mismo, procede estimar la demanda principal formulada por doña María Amparo Molero Calderón y, en consecuencia, declarar la nulidad radical de dicho contrato de compraventa y la cancelación de la inscripción a que la referida escritura pública dio lugar en el Registro de la Propiedad número 3 de Valladolid.

LA AUTOCONTRATACION. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Barcelona, en sentencia de 31 de diciembre de 1993, estima sustancialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª), en sentencia de 9 de junio de 1994, desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Objeto del litigio.—Mediante escritura pública de 14 de noviembre de 1986, la actora adquiere de su tía doña Araceli Bautista Casarrubios, un inmueble a que contrae las actuaciones y por precio de ocho millones y medio de pesetas. A su vez y en esa misma fecha, otorga la actora poder amplio para disponer incluso incidiendo en la figura de la AUTOCONTRATACION. A resultas de ello, el 30 de marzo de 1987, la anterior vendedora compra las fincas para sí misma. Posteriormente la citada vendedora y autocompradora otorga testamento nombrando heredera universal a doña Carmen Álvarez Alegret, habiendo de admitirse el primitivo contrato de compraventa y el poder que se otorgó en la misma fecha.

Doctrina de la Sentencia.—Se ha de admitir la validez del primitivo contrato de compraventa y del poder otorgado, de tal forma que se analiza el acto dispositivo siguiente: Doña Araceli «actuando como compradora en nombre propio y como representante de la anterior propietaria» en la posición de vendedora readquiere los bienes objeto de la venta, y con respecto a dicho acto se acreditan todos los requisitos para su validez y eficacia, por lo cual procede que el precio de la venta en dicho auto-contrato sea reintegrado a la poderdante por la heredera o causahabiente, de citada compradora, esto es, la demandada, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 1.720 del Código Civil, y es que una premisa clara del litigio es la virtualidad del dual negocio jurídico inicial, a saber, la compraventa de la finca y el coetáneo poder, por la que hay que desestimar la alegación de la demanda, de que dicho poder sólo significaba la seguridad de recuperar la cosa vendida por su causante en aras de la especificada auto-contratación. Y también hay que admitir la validez de la segunda transmisión, aunque negada su naturaleza jurídica de compraventa por falta de precio, habida cuenta lo dispuesto en los artículos 1.261 y concordantes. Además, constando implícita la aceptación de la escritura pública, nada hay que objetar al deseo de adverso de que el negocio jurídico se configurase, incluso, como donación, pero aún en este caso y al igual que si de una compraventa se tratara, el mandatario o el que de él trae causa, viene obligado a rendir cuentas, máxime si en el poder no consta autorización para actos de liberalidad aunque sí para aceptarlos, por lo que donada una cosa ajena sin la voluntad de su titular a un tercero de buena fe, se obligan a condenar la devolución del precio conocido. En realidad, la existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, así como la existencia de vicios del consentimiento —art. 1.265—

es una cuestión de hecho y como tal su constatación es facultad privativa de los tribunales de instancia cuya apreciación obtenida a través de la valoración de la prueba practicada ha de ser mantenida en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado, denunciando la existencia de error de derecho con invocación de la norma valorativa de la prueba que pueda considerarse infringida.

La calificación jurídica de todo contrato responde a una labor de interpretación y ésta es facultad privativa de los Tribunales de instancia y su criterio ha de prevalecer en casación, aún en caso de duda, a no ser que el resultado fuese notoriamente ilógico, por eso se rechaza si se da la recalificación de un contrato debidamente conformado por la Sala en uso de su soberanía enjuiciadora sin que hubiere dado lugar a revisar la calificación al no incurrir la Sala sentenciadora en ningún desvío de ilegalidad y de irrazonabilidad.

Añadir, además, que las consecuencias del reintegro de la suma recibida por la propia apoderada al utilizar el poder, incluso, de auto-contratación para verificar la recuperación de los bienes objeto de la venta, deriva en la obligación de rendir cuentas y, como consecuencia, de reintegrar el importe de lo percibido por parte de la misma, y en su defecto, por su muerte, por vía *monis causa*, a cargo de la heredera demandada.

ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL. (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de San Sebastián, en sentencia de 12 de febrero de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección 1.ª), en sentencia de 9 de mayo de 1994, estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

Doctrina de la Sentencia.—Al órgano jurisdiccional le compete no sólo decidir acerca del incumplimiento contractual, sino, también, decidir sobre los incumplimientos menores que, aún no teniendo entidad para producir aquella resolución, causan, sin embargo, daños y perjuicios que deben ser indemnizados, y siempre dentro de la petición genérica formulada. Como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1998, el ajuste del fallo a las pretensiones de las partes no ha de ser literal sino racional y flexible, pues basta para mantener la congruencia del fallo que resuelva las pretensiones de las partes, aunque al hacerlo agregue extremos accesorios que, sin alterar los pronunciamientos principales, conduzcan a su efectividad, precisamente en trámite de ejecución y no se requiere conformidad rígida y literal con las pretensiones ejercitadas, dado que lo importante es que las declaraciones del fallo tengan la virtud y eficacia suficientes para dejar resueltos todos los puntos que fueron materia del debate, de manera que, al no introducirse hechos nuevos, ni se ha alterado el principio contradictorio ni se ha producido indefensión dado que, el juzgador ha de resolver tomando en cuenta las peticiones de ambas partes.

SOCIEDAD CIVIL. (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Jaén, en sentencia de 28 de septiembre de 1993, estima la demanda. La Audiencia Provincial de Jaén, en sentencia de 10 de junio de 1994, estima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Base fáctica.—El proceso —objeto de análisis— trae su causa de otro anterior en el que se declaró resuelta una sociedad civil verbalmente constituida y se ordenó la liquidación del patrimonio a razón del 50 por 100 para cada uno de los dos socios. En ejecución de lo dispuesto en la sentencia, se nombraron dos contadores, uno para cada parte, y su cuaderno particional fue aceptado por las partes en lo referido a inmueble partible y tuvo como discrepancia la suma de dinero a repartir entre ambos. La decisión del dirimente no se aceptó tampoco y por ello se formula el litigio. La sentencia del Juzgado condenó al pago de una determinada cantidad y desestimó la demanda, sin hacer pronunciamiento sobre la reconvencción porque la desestimación fue consentida. La Audiencia razonó que no se habían probado los ingresos alegados por la actora y por ello no cabe mantener la condena a pagar la mitad. La serie no identificada de facturas cuyo cobro no aparece en modo alguno justificado, y por ello atribuye la carga de la prueba a la actora, la cual ni siquiera ha propuesto prueba testifical de las personas supuestamente pagadoras de esas facturas. Añade, además, que en este pleito no se ejerce ninguna acción de responsabilidad, por lo que tanto ésta como las acciones de cobro de esos supuestos créditos queda expedita.

Doctrina de la Sentencia.—En realidad no hay en el supuesto litigioso violación del *onus probandi*, pues a la actora que reclama el pago de una suma le corresponde acreditar su realidad, y ésta no puede determinarse en casación mediante una valoración de las pruebas, pues la casación no es instancia.

ACTUAR DOLOSO Y CONTRARIO A LA BUENA FE. (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Alcorcón, en sentencia de 9 de enero de 1992, estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.^a), en sentencia de 3 de mayo de 1994, estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera.

Doctrina de la Sentencia.—Nos encontramos ahora ante un auténtico contrato de compraventa y la devolución del doble de las cantidades entregadas a cuenta del precio convenido no puede considerarse en ningún caso como una indemnización de daños y perjuicios. La cuantificación que ha hecho la Sala tratando de resolver la demora de verificarlo en el trámite de ejecución de sentencia, como acordó el Juzgado al utilizar dentro de su libre discreción una vía analógica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.454 del Código Civil, en relación con lo acontecido en autos, no es de recibo, porque no se comparte ese uso analógico que no sólo no se cohonestaba con la existencia de la primera compraventa, sino, porque tampoco la suma, así declarada, tutela debidamente los intereses del recurrente en relación

con la conducta irregular de la vendedora. Se frustra el fin perseguido con la primera compraventa a la Mercantil actora al resultar de imposible cumplimiento por ese actuar doloso y contrario a la buena fe de aquélla, que debía presidir la actuación de los contratantes y que justifica la indemnización de daños y perjuicios. Además, la mala fe atribuida a los codemandados en su intervención negocial, al margen de que haya sido analizada en relación con el tema de su condición de terceros hipotecarios, en lo atinente, no puede ser determinante de esta mala fe o temeridad en el ejercicio de la acción.

VENTA EN GARANTÍA. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 59 de los de Madrid, en sentencia de 10 de octubre de 1994, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.^a), en sentencia de 13 de julio de 1996, ha lugar al recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Antecedentes fácticos.—Don Jose Luis Barreiros Conde y su esposa doña María Nieves Fernández Arguelles venden un piso en representación de la Sociedad ONESA, a don Luis González Seara y a don Máximo Jiménez Irnan, en virtud de escritura de 25 de marzo de 1983. La aludida venta operó en realidad como una venta en garantía, que había de reputarse permanente, ya que los vendedores habían dispuesto en su beneficio una determinada cantidad de dinero, que el Banco de Bilbao había concedido a la entidad Ganadería y Cultivo, S.A. (GACUSA), constituida el 17 de julio de 1979 por la referida doña María Nieves Fernández Arguelles, don Máximo Jiménez Irnan y doña Carmen Llorens Mas (esposa del señor González Seara), lo que obligó a los litigantes para atender al mismo, dada su condición de avalistas, y, a fin de su cancelación, a solicitar del Banco aludido un préstamo hipotecario. Así las cosas, el recurrente llegó solo a ser titular oficial del piso, que seguía afectado por la situación inicial de actuar como único medio de garantía de la deuda contraída por el señor Barreiros y esposa, por su actuar ilícito, y facilitó su readquisición, ya que, por documento notarial de 29 de julio de 1988, don Luis González Seara lo revendió a doña María Nieves Fernández Arguelles.

Doctrina de la Sentencia.—La decisión de la Audiencia es acertada en cuanto sentó que, sin perjuicio de las reparaciones y reintegros que hayan percibido los litigantes, y respecto a la cantidad que resulte restante, no asiste legítimo derecho a ninguno de los copartícipes para su atribución plena y exclusiva, por lo que debe fijarse la que corresponde a cada uno de ellos, mediante las oportunas operaciones de rendición de cuentas y de este modo fijar el saldo a repartir, si resultase existente.

En esta línea el discurso casacional ha de abordar la cuestión relativa a la comunidad que la sentencia admite y el recurrente impugna. El artículo 392 del Código Civil se refiere tanto a la propiedad como a otros derechos, lo que autoriza a que se puedan tener en comunidad no sólo bienes y derechos reales sino también créditos, comunidad de acreedores con derechos a partes iguales, que es la del caso que nos ocupa, y no cabe confundirla con comunidad de ganancias. Esta comunidad queda sometida a las normas de las obligaciones mancomunadas y solidarias que el Código Civil regula en su artículo 1.137

y siguientes, y si bien resulta más adecuada cuando se trate de créditos mancomunados. En este caso la deuda fue resarcida mediante una única prestación económica que no se dividió entre los litigantes, por lo que éstos mantienen situación de comunidad de intereses acreedores que hace aplicable el artículo 392 del Código Civil, por no haber precepto impeditivo alguno en contra, ya que el artículo 1.137 del Código Civil establece que la concurrencia de dos o más acreedores en una sola obligación no implica solidaridad entre ellos, si no resulta expresamente determinada, y esta solidaridad resulta evidenciada que subsiste a lo largo del tiempo hasta que la deuda quede liquidada definitivamente.

La figura de la solidaridad tácita ha sido admitida por la doctrina jurisprudencial y se autoriza a cualquiera de los acreedores a cobrar el crédito, pero no en su exclusivo beneficio. El recurrente hace supuesto de la cuestión al sostener que el demandante había percibido enteramente el resarcimiento por los perjuicios que se le causaron, pues queda pendiente su cuota por mitad de la cantidad que se alcance depurada de gastos y correspondiente a indemnización satisfecha por el señor Barreiros. Pero dicha cantidad fue abonada en concepto de indemnización-finiquito por todos los daños y perjuicios causados, por eso la sentencia de apelación resulta previsoramente al fijar las deducciones y bases que deben conducir al saldo definitivo, y en cuanto justifique el recurrente haberlas satisfecho, así como, en general, todos los pagos en beneficio e interés común, entre los que ha de incluirse el precio abonado por la venta judicial. Al no existir prueba sobre la división del crédito en cuotas participativas determinadas y ostentar los litigantes acreditados derechos a su percibo, resulta aplicable la presunción de igualdad de cuotas del párrafo segundo del artículo 393 del Código Civil.

NO JUSTIFICACIÓN DE LA NEGATIVA DEL VENDEDOR PARA EL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA SI RESULTA PACTADA LA SIMULTANEIDAD ENTRE EL PAGO DEL PRECIO Y LA PLASMACIÓN DE AQUELLA. (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Logroño, en sentencia de 7 de diciembre de 1993, desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Logroño, en sentencia de 21 de junio de 1994, desestima el recurso de apelación.

No ha lugar al recurso de casación.

Hechos.—Doña María del Carmen Gil Carrillo demanda por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a don Jesús Val Arnedo y a la esposa de éste y, entre otras peticiones interesa la declaración de que el contrato de compraventa de 27 de junio de 1990, relativo al piso 13 G, de la casa número 22 de la calle Jorge Vigón, de Logroño, concertado entre la actora, como vendedora, y los demandados, como compradores, quede resuelto por el requerimiento practicado a éstos conforme al artículo 1.504 del Código Civil, a lo que se opusieron los litigantes pasivos, que, además, reconvinieron y suplicaron la condena a la actora al otorgamiento de la correspondiente escritura pública de compraventa.

Doctrina de la Sentencia.—La sentencia impugnada llega a la conclusión, contraria a la doctrina jurisprudencial, de que no cabe afirmar una posición

de verdadera contumacia al comprador, y de que la actora tampoco ha sido diligente en el otorgamiento de la escritura pública, pues no ha demostrado siquiera que la hubiera mandado preparar.

La decisión de instancia parte de una base fáctica que acepta ante la inexistencia de prueba opuesta a la misma, relativa a que, mediante contrato privado de 27 de junio de 1990, doña María del Carmen Gil Carrillo vendió a la demandada el piso litigioso quien entregó la cantidad de cuatro millones de pesetas a cuenta del precio, y, además ambos contratantes acordaron verbalmente el abono del resto en el instante de la plasmación de la escritura pública con el compromiso del vendedor de llevar a efecto tal acto «no más tarde» del 15 de enero de 1992, si antes se satisfacía el precio total convenido, asimismo, no está acreditado que la recurrente, previamente a la referida fecha, efectuara requerimiento de pago de la suma restante, ni tampoco que hubiera llevado a cabo actividad alguna para la elaboración de la escritura pública, si bien consta que con fecha 21 de febrero de 1992, la recurrida requirió notarialmente a la otra parte para tal otorgamiento, que de adverso fue negado por considerar resuelto el contrato, así como que, el día 31 de agosto de 1992, don Jesús Val Arnedo remitió un telegrama donde recordaba la obligación de otorgar escritura pública a ésta y afirmaba que, en dicho momento pagaría lo adeudado. La apreciación probatoria referida excluye la vulneración del precepto citado como conculcada, toda vez que son presupuestos para la aplicación de éste, en relación con el artículo 1.214 del Código Civil, los siguientes: *a)* la reciprocidad de las prestaciones convenidas; *b)* la exigibilidad de las mismas; *c)* la observancia por el reclamante de lo de su incumbencia, y *d)* la voluntad manifiesta de la parte adversa a no satisfacer su obligación y los datos demostrativos expresados en el párrafo precedente; y es que, mientras se evidencia que la vendedora no ha observado las obligaciones a su cargo, no aparece actitud patente alguna del comprador para no efectuar sus prestaciones, aparte de que esta Sala tiene reiteradamente declarado que no está justificada la negativa del vendedor si fuera pactada la simultaneidad entre el pago del precio y el otorgamiento de la escritura de compraventa. Además, la decisión recurrida no ha tenido en cuenta que la facultad de compelerse recíprocamente las partes al otorgamiento de escritura pública exige que el contrato esté completo, no sólo en orden al consentimiento, sino a los demás elementos esenciales a su validez. No ofrece duda la presencia de los requisitos determinados en el artículo 1.261 del Código Civil: consentimiento de los contratantes; objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca para la validez del contrato suscrito por/entre los litigantes.

I. M. G.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

RETRACTO.—NO PROCEDE PORQUE LOS ARRENDATARIOS HABÍAN RENUNCIADO EN DOCUMENTO PÚBLICO A TODOS LOS DERECHOS DERIVADOS DEL ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Torrijos desestimó la demanda, confirmando la Audiencia Provincial de Toledo.

No se admite la casación. El recurrente y su hermano firmaron un documento notarial en el que hacían constar que «...renuncian a todos sus derechos, facultades y obligaciones relativas al arrendamiento del que son titulares sobre la finca rústica sita en Nombela (Toledo)». Tal renuncia se hizo en documento público, como exige la Ley de 31 de diciembre de 1980, y la prohibición que aparece en el citado precepto no es aplicable cuando se realiza en momento posterior al contrato de arrendamiento, que es precisamente lo aquí acontecido (sentencias de 7 de abril 1986 y 19 de septiembre de 1989).

ACCESO A LA PROPIEDAD.—LA CONDICIÓN DE CULTIVADOR PERSONAL NO SE PIERDE POR LA SITUACIÓN DE JUBILADO O PENSIONISTA DEL ARRENDATARIO COMO RECONOCE LA JURISPRUDENCIA DE ESTA SALA. LA VALORACIÓN DE LA FINCA SE HACE CONFORME A LOS CRITERIOS DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA. (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1995.)

El Juzgado de Guernica estimó la demanda y la Audiencia Provincial de Bilbao rechazó la apelación.

No procede la casación. El arriendo en litigio data de mucho antes de 1935 y fue ostentado como arrendatario, sucesivamente por los antecesores del recurrido. Consta acreditado el carácter de cultivador personal del actor que se halla jubilado y lleva la explotación con la ayuda de su hijo; no es óbice para ello el que este hijo trabaje en una empresa, sin que conste la cesión de la explotación a favor de dicho hijo. Para valorar la finca se atiende a los criterios del artículo 43 LEF, dejando la concreción del *quantum* para ejecución de sentencia, evitando así que el artículo 39 LEF determine que el valor quede por debajo del real. La profesionalidad del arrendatario se centra en la dedicación a las actividades agrarias más que en la capacidad para realizar las faenas propias de una explotación. Esta Sala, a partir de la sentencia de 19 de mayo de 1986, llega a la conclusión de no confundir la jubilación con la pérdida de profesionalidad agraria, ya que la condición de cultivador personal no se pierde por la edad del arrendatario ni por su situación de pensionista, ya que los artículos 15 y 16 LAR no tienen prohibiciones referidas a la edad de jubilación (sentencias de 28 de enero y 3 de junio de 1988, 20 de febrero

y de 6 de junio de 1989). Tampoco es de tener en cuenta el motivo que alega la no aplicación del artículo 47 LEF que establece el abono, además del justo precio, de un 5 por 100 como premio de afección. Al dejar la concreción del *quantum* a la ejecución de sentencia, es indudable que la Sala *a quo* se atuvo a lo preceptuado en la LEF, ya que el artículo 47, como de carácter imperativo, ha de ser tenido en cuenta en la ejecución ordenada para cuantificar el precio, por lo que es innecesario insistir en ello.

EXTINCIÓN DE APARCERÍA.—LA FALTA DE PREAVISO NO ES OBSTÁCULO POR QUE LA APARCERÍA ERA DE DURACIÓN INFERIOR A UN AÑO Y ADEMÁS NO SE NECESITA CUANDO LA CAUSA DE EXTINCIÓN ES EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL APARCERO. (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Alcoy estimó la demanda y la Audiencia Provincial de Valencia confirmó.

No se admite la casación. Alega el recurrente que no se cumplió el preaviso de un año, pero tal preaviso es necesario para las aparcerías superiores a un año, pero esta aparcería no es superior a un año y además el tribunal *a quo* estimó como causas de extinción el incumplimiento grave de las obligaciones del aparcero y falta de practicar desde hacía años la partición de frutos, para las cuales no es precisa la concurrencia del preaviso. La no admisión de la prueba de reconocimiento judicial no supone indefensión, ya que el Tribunal Constitucional dice que el derecho que reconoce la Constitución es el de ser acogido u oído en el proceso y la tutela judicial se obtiene aunque se rechace o deniegue lo interesado por las partes, siempre que concurra la causa legal correspondiente, como es la facultad del juez de repeler las pruebas que estime impertinentes o inútiles que es lo que ha sucedido en este caso.

COMPRA Y ADQUISICIÓN FORZOSA DE FINCA.—PARA EXCLUIR EL ARRENDAMIENTO DE LA LEY ESPECIAL ES PRECISO QUE EL VALOR DEL SUELO SEA SUPERIOR AL DOBLE DEL QUE CORRESPONDA A SU DESTINO AGRARIO EN LA ZONA. EL ARRENDATARIO ES CULTIVADOR PERSONAL DE LA FINCA. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1995.)

El Juzgado de Balmaseda desestimó la demanda y la Audiencia de Bilbao estimó parcialmente la apelación.

No procede la casación. Para poder excluir el arrendamiento de la LAR es preciso que el valor de las fincas sea superior al doble del que corresponda a su destino agrario en la zona. El arrendatario actual es el sucesor de los anteriores, siendo pensionista por invalidez, pero trabajó en su época las fincas arrendadas y es cultivador personal por tanto. El suelo no es urbano ni urbanizable sino rústico. Tampoco se puede admitir que se trate de un contrato nuevo, ya que trae causa y es continuación de los anteriores, ni que el actor no sea cultivador personal y directo, como se pretende en el recurso, ya que la casación no es una tercera instancia.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD NO PUEDE SUPONER UN ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO DEL ARRENDATARIO, SINO QUE EL PRECIO HA DE SER EL EQUIVALENTE ECONÓMICO DEL BIEN QUE SE ADQUIERE. (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1995.)

El Juzgado número 2 de Vitoria estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

Triunfa la casación. Se admite el derecho de acceso a la propiedad y el debate queda reducido a la estimación del precio a satisfacer a la parte arrendadora, ya que ésta reconoce la existencia de los preceptos legalmente previstos para el acceso. La Ley de Arrendamientos Rústicos creó las Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, siendo la demanda ante dichas Juntas el verdadero derecho de acceso a la propiedad, prevenido en el artículo 98.1 y Disposición Transitoria 3.^a de la Ley de 1980, y tal demanda tuvo lugar dos veces sin avenencia, por lo que no es correcta la afirmación de aplicabilidad de la ley del Suelo de 25 de julio de 1990, máxime cuando en dichas demandas se propugna la aplicación de la legislación, entonces vigente, de Expropiación Forzosa. Por otra parte, el acceso a la propiedad no puede suponer un enriquecimiento injusto del arrendatario con el paralelo empobrecimiento del arrendador cuando se enajena a un extraño, ya que si el arrendatario adquiere su propiedad y la expropiación ha de representar el equivalente económico del bien que se pierde, es decir, que sea suficiente para adquirir en el mercado otro bien análogo al que sale del patrimonio. Como dice la sentencia de 13 de noviembre de 1992, el carácter social del acceso se cumple con facilitarlo en los arrendamientos históricos, en los que el transcurso del tiempo ha llegado a desdibujar los conceptos de propiedad y de arrendamiento, pero no en proporcionar un jugoso negocio al arrendatario protegido por la ley. Y ello lo demuestra la Ley de Arrendamientos Históricos Rústicos de 10 de febrero de 1992 que, en materia de arrendamientos históricos, dicta cuál es el precio que ha de satisfacerse en los casos de acceso, que dista mucho del vigente en materia urbanística, y que habiéndose seguido por el Juez de Primera Instancia ha de ser aceptado, sin dilatar su determinación concreta para el período de ejecución de sentencia, siendo además acorde con las coordinadas señaladas en la Ley de Expropiación Forzosa.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—LOS NUEVOS ARRENDADORES MANIFESTARON SU DESEO DE SUBROGARSE EN EL ARRENDAMIENTO PRODUCIÉNDOSE, NO LA EXTINCIÓN, SINO LA NOVACIÓN MODIFICATIVA DEL MISMO ARRENDAMIENTO. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1995.)

El Juzgado de Villafranca de los Barros estimó la demanda y la Audiencia de Badajoz rechazó la apelación.

No se admite la casación. Existía un contrato de 1979 por seis años, prorrogable por otros seis más, sin que conste la extinción del contrato por la creación de otro nuevo y sin que la aportación por el demandado de resguardos bancarios de ingresos correspondientes a la renta por sí solos y sin soporte probatorio distinto, sea determinante de que haya existido una extinción del primitivo contrato sino, a lo sumo, una novación modificativa. No existe

contradicción en la sentencia, ya que ésta basa la resolución en el compromiso del arrendador de cultivar directa y personalmente la finca. No se contempla la extinción del contrato de arrendamiento por fallecimiento del arrendador usufructuario sino de la posibilidad de resolver el contrato por parte de quien adquiera el usufructo de la cosa arrendada y, en este caso, los nuevos arrendadores no sólo manifestaron su deseo de resolución sino que mostraron el designio de subrogarse en el mismo, produciéndose una simple novación modificativa por lo que el contrato anterior continuó su tracto sin que fuese sustituido por uno nuevo.

ACCESO A LA PROPIEDAD.—ES LIBRE FACULTAD DE LOS JUZGADORES, NO SOMETIDA AL PRINCIPIO DE PETICIÓN DE PARTE, LA DE ACORDAR PARA MEJOR PROVEER CUALQUIERA DE LAS DILIGENCIAS DE PRUEBA A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 340 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Pola de Laviana desestimó la demanda, pero la Audiencia de Oviedo acogió la apelación.

No procede la casación. La arrendataria es sucesora de su madre, siendo cultivadora personal de la finca y teniendo ésta un valor inferior al doble del precio que corresponda en la comarca o zona a las de su misma calidad o cultivo. Se alega por la parte recurrente que la Sala acordó una diligencia para mejor proveer, consistente en que el perito ratificara el informe hecho en 1.ª Instancia, considerando irregular la forma en que dicho acto fue practicado ante la Sala de apelación, pero esto supondría, como mucho, un quebrantamiento de forma, cuyo cauce procesal no es el aquí utilizado que afecta a la jurisdicción de la Sala, que acordó una nueva prueba no pedida por ninguna de las partes y en esa prueba el perito realizó una valoración de la finca litigiosa, distinta de la hecha en el informe del Juzgado. Pero esto no es así, ya que es libre facultad de los juzgadores, no sometida al principio de petición de parte la de acordar, para mejor proveer, cualquiera de las diligencias de prueba a que se refiere el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es lo que hizo la Sala de apelación al acordar que el perito se ratificara en el informe que había emitido en primera instancia y que los defensores de las partes pudieran pedir aclaraciones que consideren oportunas y fueran declaradas pertinentes, con lo que se subsanó el quebrantamiento de forma del Juzgado de Primera Instancia, al limitarse a recibir el informe pericial sin conceder a las partes dicha facultad y sin causar indefensión a la parte demandada recurrente, pues su Letrado estuvo presente en la diligencia, pidió aclaraciones y en el plazo de tres días alegó por escrito cuanto estime conveniente sobre dicha diligencia.

Arrendamientos urbanos

CESIÓN ILEGAL.—LA ACTIVIDAD DE LA ASOCIACIÓN QUE OCUPA EL LOCAL ESTA INCURSA ENTRE LAS QUE DESPLIEGAN LOS SERVICIOS DE LA GENERALIDAD EN LA LOCALIDAD Y NO SUPONE LA INTRODUCCIÓN DE UN TERCERO QUE ASUMA ILEGALMENTE LA CONDICIÓN DE ARRENDATARIO. (SENTENCIA 17 DE FEBRERO DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Terrassa estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Barcelona revocó la anterior.

No procede la casación. El local fue arrendado a la Sección Femenina, pero en octubre de 1986 se subrogó en el contrato la Generalidad, lo que se notificó al propietario, y el Ayuntamiento, por otra parte, alegó que en este local estaban instalados ciertos organismos dependientes de la Comunidad, como la Asociación de Maestros, por lo que el Juzgado estimó que, desconociendo el propietario los vínculos jurídicos que unían al arrendatario con otras personas o entidades, procede la resolución. Recurrida la sentencia, la Audiencia estimó que la prueba documental demuestra que la Generalidad mantiene en el local determinados servicios que le son propios, con intervención del Ayuntamiento, demostrando una coordinación interadministrativa entre Generalidad y Municipio, tendente a la mejor oferta de un buen servicio al ciudadano, siendo irrelevante la presencia de la Secretaría de la Asociación de Maestros, ya que es una entidad sin lucro, que es lógico que sea protegida por la Administración autonómica en la zona de su influencia. La actividad de esta Asociación está incursa en la que, con carácter general, de tipo cultural, despliegan los servicios de la Generalidad en la localidad, no suponiendo la introducción de un tercero de forma ilegal que asuma la cualidad de arrendatario, ya que no existe sino una dedicación coadyuvante con el objeto socio-cultural del Ente autonómico arrendatario, ya que no se da el supuesto de que una persona ajena ocupe indebidamente el lugar del arrendatario, por completo.

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA.—EL INCUMPLIMIENTO DE ALGUNAS OBLIGACIONES DEL ARRENDADOR NO AUTORIZA LA FALTA DE PAGO DE LA RENTA POR EL ARRENDATARIO, SIEMPRE QUE LA COSA HAYA SIDO ENTREGADA AL MISMO EN CONDICIONES DE SERVIR PARA EL USO PACTADO. (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1995.)

El Juzgado número 3 de Cádiz estimó la demanda y la Audiencia de Sevilla confirmó la anterior.

No se admite la casación. Existe un acta de inspección de la Junta de Andalucía que determina que existe un incumplimiento de algunas obligaciones del arrendador, pero la arrendataria no fue privada del uso del local, puesto que no hubo clausura de la misma y la falta de una obligación de carácter accesorio del arrendatario no puede justificar el incumplimiento que de la obligación de realizar el pago corresponde al arrendatario, estando fuera de duda la entrega de la cosa objeto del contrato en estado de servir para el uso pactado y el mantenimiento de la arrendataria en el goce pacífico del arrendamiento, así como una normal diligencia en la subsanación de los defectos señalados por la inspección que no tenían especial gravedad, todo lo

cual excluye el incumplimiento alegado por el recurrente. En cuanto a si se produjo subarriendo, lo cierto es que carece de trascendencia cuando por lo demás se admite la demanda, siendo irrelevante para impugnar lo decidido en sentencia recurrida.

DESAHUCIO.—NO PUEDE ENTENDERSE QUE LAS OBRAS SE REALIZARON FUERA DE PLAZO, PORQUE AL NECESITAR LICENCIA DEL AYUNTAMIENTO, NO PODÍA CONTARSE EL PLAZO SINO A PARTIR DE DICHA LICENCIA. (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1995.)

El Juzgado número 5 de Barcelona desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

No se admite la casación. En el contrato de arrendamiento de 1987 se autorizaron unas obras durante el plazo de un año para acondicionar la nave, según las necesidades de la industria, siempre que no se modifique la estructura de dicha nave. En 1988 la entidad arrendataria, mediante carta, solicitó al arrendador autorización para realizar obras de saneamiento del patio interior y la sustitución del viejo techo por un plazo de seis meses. La sentencia recurrida dice que las obras realizadas son las autorizadas por la referida carta y por el contrato de arrendamiento y lo único que hay que examinar es si el arrendatario se extralimitó al efectuar las obras, bien por modificar la estructura del local, bien en el tiempo. En cuanto a lo primero, las obras eran necesarias para adecuar el local al uso a que iba destinada sin modificar la estructura del local. En cuanto al tiempo, si es cierto que las obras se han realizado fuera del plazo concedido, no es menos cierto que, tratándose de obras mayores, no podía realizarlas hasta que le fuese concedida la licencia por el Ayuntamiento, lo que no sucedió hasta febrero de 1990, y la resolución llevaría aparejada el separar a la arrendataria del local, poco después de haber efectuado a su costa importantes obras de mejora, valoradas en dieciocho millones de pesetas, por lo que la resolución se hallaría incurso o próxima al supuesto de abuso o ejercicio anormal del derecho, a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 9 LAU.

RETRACTO.—SOLO PROCEDE LA CASACIÓN EN LOS ARRENDAMIENTOS DE LOCALES DE NEGOCIO PERO NO EN LOS DE VIVIENDA. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1995.)

El Juzgado número 4 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia desestimó la apelación.

No procede la casación. La nueva orientación de esta Sala que ha consolidado reiterada jurisprudencia establece que en los supuestos, como en el presente, de ejercicio de acción de retracto arrendaticio de vivienda al amparo de los artículos 48 y concordantes de LAU no es susceptible de ser recurrida en casación la sentencia de la Audiencia por estar sometida la acción a la disciplina normativa especial, señalando el artículo 135 LAU que sólo prevé la casación para los locales de negocio en régimen arrendaticio y cuya renta exceda de 500.000 pesetas anuales, lo que no ocurre en este supuesto.

DESAHUCIO.—NO EXISTÍA EL CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR PARA REALIZAR LAS OBRAS, PUDIENDO EN CASO DE NEGATIVA HABER PEDIDO LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL. NO SE DA EL CONSENTIMIENTO TÁCITO DEL ARRENDADOR PORQUE EL SILENCIO O INACTIVIDAD DEL MISMO NO IMPLICA QUIESCENCIA TÁCITA. (SENTENCIA 10 DE MARZO DE 1995.)

El Juzgado número 2 de Ibiza desestimó la demanda, pero la Audiencia de Palma revocó la anterior.

No procede la casación. Las obras realizadas por el arrendatario no se ajustaron a la autorización hecha por el arrendador. Si tan necesarias eran, sobre todo la demolición de lo ubicado en el jardín ante su entidad estructural, y dado el desbordamiento que suponía de la autorización contractual, pudo muy bien ante la propia convicción de su derecho, dirigirse a obtener la autorización judicial que marca el artículo 114.7.º, tercer párrafo, lo que no cumplió el recurrente en absoluto. En orden al supuesto consentimiento implícito por el arrendador ha de constatarse: a) Que las obras efectuadas no son unas obras necesariamente requeridas para el acondicionamiento del local a la actividad que se desarrolla en él (sentencia de 13 de julio de 1993). b) Que no existan indicios de que el silencio o inactividad del arrendador, en punto al ejercicio de la acción resolutoria, suponga aquiescencia tácita a su ejecución, no habiendo transcurrido el tiempo hábil de prescripción, máxime cuando están ejecutadas contra la autorización contractual, lo que hubiera exigido una serie de actos por parte del arrendador que por constituir una *facta concludentia* hubieran entrado en el marco de los «actos propios», lo que aquí no acontece. Como dice la sentencia de 16 de octubre de 1964, corroborando una pacífica doctrina de esta Sala, conocimiento no equivale a consentimiento, y no sirve como base o raíz deductiva para apreciar asentimiento por parte del dueño del local.

RESOLUCION.—LA AUTORIZACIÓN PARA REALIZAR OBRAS SE HACE CON CARÁCTER INDEFINIDO POR LO QUE, AUNQUE SE HAGAN DIECIOCHO AÑOS DESPUÉS, ESTÁN COMPRENDIDAS DENTRO DE ELLA. (SENTENCIA 16 DE MARZO DE 1995.)

El Juzgado número 5 de Ponferrada desestimó la demanda y la Audiencia Provincial rechazó la apelación.

No se admite la casación. En el contrato de 1952 se decía que eran de cuenta de la arrendataria todas las obras de acondicionamiento de la misma, incluso la calefacción, caso de instalarse, obras que se considerarán realizadas con carácter definitivo que quedarán a beneficio del inmueble una vez finalizado este contrato de arrendamiento sin que pueda exigir por ello indemnización alguna. En 1973 se hizo una modificación del primitivo contrato para que en cualquier momento el Banco arrendatario pueda realizar cuantas obras, reformas e instalaciones estime convenientes o necesarias, detallándose luego con amplitud, cuáles pueden efectuarse, siendo éstas por cuenta de la arrendataria. En esta autorización de 1973 se concede un plazo indefinido por lo que si las obras se realizan dieciocho años después están comprendidas en la misma y se refiere a todas las obras, con la única limitación de salvaguardar la seguridad del edificio y de responder de los perjuicios que puedan ocasionar.

nar al resto del inmueble. A lo más que se podría llegar es a demostrar que se han ocasionado esos perjuicios en el inmueble, de que habla la cláusula contractual.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—LOS LOCALES DESTINADOS A LA ACTIVIDAD ECONÓMICA DE LAS CAJAS DE AHORRO SE CONSIDERAN LOCALES DE NEGOCIO A LOS EFECTOS DE SU ARRENDAMIENTO. LA FUSIÓN DE LA ARRENDATARIA CON OTRA SOCIEDAD, ANTES DE LA REFORMA DE 1989, SUPONÍA UN CASO DE TRASPASO O CESIÓN ILEGAL. (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1995.)

El Juzgado número 10 de Barcelona desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No procede la casación. La demanda se basaba en la resolución por cesión ilegal de los cuatro contratos relativos a cada uno de los inmuebles afectados. La Caja Rural de Barcelona fue absorbida por la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Barcelona, que luego se fusionó con la Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, por lo que uno de los demandados carecía de personalidad jurídica por haber sido absorbida por el otro. No puede admitirse el carácter de arrendamiento de vivienda de los contratos en litigio. La LAU establece que los locales ocupados por entidades benéficas, como está calificada legalmente la entidad recurrente, se regirán por las normas del inquilinato (art. 4.2) pero, no obstante, se regirán por las normas aplicables al arrendamiento de locales de negocio, los locales destinados al ejercicio de la actividad económica de estas entidades (art. 5.2.1 LAU) y siendo indudablemente actividades económicas las ejercitadas por la entidad recurrente, es evidente que los locales que ocupan las Cajas de Ahorro tienen el carácter de locales de negocio. La doctrina jurisprudencial es constante y reiterada al sostener que los casos de fusión de sociedades producen efecto resolutorio de los contratos de arrendamiento urbano sin que sea aplicable la modificación hecha en 1989 de la LAU que estima que no existe traspaso en los casos de fusión, ya que la nueva legislación no es aplicable por no tener efecto retroactivo.

REVISIÓN DE RENTA.—AUNQUE NO SE EJERZA LA REVISIÓN PACTADA EN UN PERÍODO DETERMINADO, EL ABANDONO DE LA ACCIÓN SOLO SE REFIERE AL COBRO DE LA RENTA DEL MISMO PERÍODO, PERO NO A LA FIJACIÓN DEL COEFICIENTE DE ACTUALIZACIÓN DE LA RENTA QUE DEBE SER EL QUE CORRESPONDA DESDE LA ÚLTIMA ELEVACIÓN REALIZADA. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1995.)

El Juzgado número 14 de Madrid desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó en parte la apelación.

No procede la casación. La Audiencia estimó el derecho del propietario a percibir desde el 1 de enero de 1989, por el concepto de renta del local, la suma de 70.376 pesetas mensuales, consecuencia de la validez de la cláusula de estabilización pactada en el contrato de arrendamiento de 1980, que fija la revisión anual en armonía con el IPC que fije el INE. La revisión de la renta es una facultad del arrendador que puede o no ejercer, exigiéndose la oportuna declaración de voluntad recepticia en cada período de revisión previsto,

so pena de que se entienda renunciada la elevación convenida para ese período. Aunque exista una voluntaria dejación del arrendador de su facultad de elevación de la renta en un período, la situación de abandono sólo es predicable para la renta de ese concreto período, pero no en lo que atañe al coeficiente de elevación correspondiente que permanece vivo y ha de contar, en el momento en que el arrendador decida ejercitar el derecho a la actualización de la renta. El montante del coeficiente de elevación a aplicar ha de ser tomada en toda su extensión desde que la última elevación tuvo lugar, abstracción hecha de que el arrendador hubiese o no aplicado los incrementos procedentes porque sólo así se cumple el designio contemplado en el contrato de que se mantenga la equivalencia o proporcionalidad de la prestación, esto es, que el valor inicial convenido en concepto de renta, permanezca a cubierto del insistente y progresivo movimiento que sufre el poder adquisitivo del dinero (sentencias de 27 de enero y 28 de noviembre de 1987, 24 de mayo de 1982, 9 de marzo de 1988 y 19 de abril de 1990).

REPERCUSIÓN DE OBRAS EN LA RENTA.—LAS OBRAS REALIZADAS SON REPERCUTIBLES EN LA RENTA, PUDIENDO EL ARRENDADOR EJERCITAR SU DERECHO EN CUALQUIER TIEMPO, SIN QUE LA ELEVACIÓN TENGA EFECTO RETROACTIVO. (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Bilbao desestimó la demanda y la Audiencia Provincial estimó parcialmente la apelación, estimando la reconvención y confirmando la desestimación de la demanda.

No se admite la casación. El Juzgado declaró que la arrendadora no tenía derecho a repercutir ninguna cantidad por las obras realizadas en el inmueble, pero no están incluidas en las amparadas por la LAU, pero la Audiencia Provincial declaró la repercutibilidad de las obras por razón de la camisa de la pared, por rehabilitación de la fachada y por reparación del tejado. El recurrente alega la caducidad de la acción que se ejercita en la reconvención, pero olvida lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 101 LAU, que dice que la facultad del arrendador para elevar la renta o conceptos asimilables podrá ejercitarse en cualquier tiempo, sin que la elevación tenga efecto retroactivo. El arrendador realizó la notificación preceptiva por escrito en la forma exigida por la Ley para reclamar el derecho a las diferencias que se concede al mismo, sin que se haya acreditado la caducidad, una vez que el acreedor ejercitó su acción conforme al apartado 1.º del artículo 101 LAU.

RETRACTO.—EL ARRENDATARIO SOLO LO ES DE PARTE DEL INMUEBLE QUE SE HA VENDIDO EN SU TOTALIDAD, POR LO QUE NO PROCEDE EL RETRACTO. (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1995.)

El Juzgado número 1 de Tudela desestimó la demanda y confirmó la Audiencia Provincial.

Se desestima también la casación. El inmueble se vendió en su totalidad y el recurrente sólo es arrendatario de una parte de la finca. Es inoperante que el que recurre sea ocupante único de la misma porque existen otros espacios físicos perfectamente delimitados, no habitados. No prueba el recurrente que los locales que lleva en arriendo constituyan finca independiente del resto y,

como tal, hubiera sido objeto de transmisión onerosa al recurrido, y el artículo 47 LAU exige imperativamente que en los casos de venta del propietario a terceros, podrá ejercitar los derechos preferenciales sobre el piso o local que ocupe, es decir, que no pueda desgajarse del resto del inmueble al transmitir éste en su plenitud física. Es imposible conocer el precio de los espacios objeto del arrendamiento, ya que fue global y sólo es arrendatario de una porción menor del total vendido, ya que la LAU sólo concede la facultad de acceder a la propiedad de lo que se lleva en arriendo cuando se enajena. Tampoco supone nada el que se hubiera transmitido la mitad de la finca en 1975, ya que entonces no se individualizaron los locales poseídos a título arrendaticio por el recurrente, y la venta de ahora supone la consolidación a favor del demandado de todo el inmueble.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—EL ARRENDADOR, AUNQUE NO SEA PROPIETARIO, ESTA LEGITIMADO PARA PROMOVER LA RESOLUCIÓN DEL ARRENDAMIENTO. LAS OBRAS NO ALTERAN LA CONFIGURACIÓN DEL LOCAL POR LO QUE NO CONSTITUYEN CAUSA DE RESOLUCIÓN. (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1995.)

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

Triunfa la casación. La Audiencia estimó la excepción de falta de legitimación de la actora que era la madre, por haber sido adjudicados los locales a los hijos en la disolución de gananciales. La jurisprudencia de la Sala establece que, para ejercitar la acción resolutoria del arrendamiento, basta que el arrendador acredite tal condición, sin que sea necesario que tenga la propiedad (sentencias de 14 de junio de 1991, 3 de abril de 1983 y 8 de mayo de 1953), y la sentencia de 27 de noviembre de 1985, dice que el locatario no puede negar legitimación a la persona o entidad con la que celebró el contrato como arrendador, que está legitimado para promover el desahucio. Admitida la legitimación es preciso determinar si el arrendatario (Colegio Nacional de Registradores) realizó obras que sean causa de resolución. La sentencia de 30 de enero de 1991, dice que el cambio de lugar de los tabiques produce un cambio en la configuración del local, siendo necesario que las obras sean de las llamadas fijas o de fábrica, sin que quepa aplicar este precepto cuando se trate de obras móviles no adheridas a las paredes, suelo y techo, mediante obras de albañilería. Esta doctrina lleva a la desestimación de la demanda, ya que las obras realizadas carecen de la entidad suficiente para entender que por ellas se ha alterado la configuración del local, pues no se modifica la distribución de los espacios comprendidos entre sus muros perimetrales, ni se ha procedido a un cambio de los tabiques que dé nueva forma a las habitaciones de que consta el local, dándoles mayor o menor extensión.

C. R. R.