

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

Por ELENA MÚGICA ALCORTA

TERCERÍA DE DOMINIO: REQUISITO DE TÍTULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. ADQUISICIÓN DE DOMINIO: EN PERMUTA DE SOLAR POR OBRA A CONSTRUIR. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1997.)

El artículo 1.537 LEC exige al tercerista presentar título de dominio y tal requisito no lo ha cumplido, porque si título puede ser cualquier acto jurídico que ha producido el dominio, no cabe duda de que el contrato de permuta de solar por obra a construir no acredita el dominio del cedente, puesto que contiene un pacto obligacional que lo generará cuando se cumpla el deber de construir y de entregar lo pactado.

La permuta de solar por obra a construir, por cosa futura, no es exactamente un canje de cosa por cosa, sino un contrato complejo, de tracto sucesivo, generador de obligaciones, las cuales puede proteger el que entrega el solar por los distintos medios que el derecho establece, pero no por la simple eficacia de una cláusula resolutoria, pues mientras no se reconoce judicialmente no puede esgrimirse frente a tercero que embarga el titular dominical en tiempo del embargo.

TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITO DE BUENA FE. LEGITIMACIÓN REGISTRAL. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1997.)

La existencia o inexistencia de buena fe es una cuestión de hecho y, por tanto, de libre apreciación del Tribunal de instancia. La buena fe es un concepto jurídico deducido libremente por el Tribunal sentenciador en relación a los medios de prueba que la ponen de manifiesto y se reputan acreditados. Sólo es posible impugnar en casación la valoración de los medios de prueba realizada por la Sala de instancia alegando error de derecho en la valoración de la prueba por el ordinal 4.º del artículo 1.692 LEC, con cita de la norma jurídica de valoración que se repunte infringida.

El titular registral está amparado por el llamado principio de legitimación, recogido en el artículo 38 L.H., que se manifiesta en la presunción *iuris tantum* de que el derecho real inscrito existe y pertenece a su titular y en la presunción de que el titular de dominio de los bienes inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos, así como por la presunción de ser poseedor de buena fe, conforme a lo dispuesto en el artículo 434 del Código Civil, aunque sólo sea con referencia a la posesión en concepto de dueño o posesión mediata o superior que se tiene por medio de otro y que se contrapone a la posesión inmediata. En el caso concreto, el titular registral adquirió por compraventa el inmueble de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitirlo en ejercicio del derecho de opción reconocido a su favor inscrito también en el mismo Registro; las facultades de disposición del transmitente aparecen debidamente acreditadas por los datos registrales que no han sido impugnados.

ADQUISICIÓN DEL DOMINIO: TÍTULO Y MODO. SOBRE INMUEBLES A CONSTRUIR. TRADICIÓN INSTRUMENTAL. TERCERÍA DE DOMINIO: DIFERENCIAS CON LA ACCIÓN REIVINDICATORIA. (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1997.)

Doctrina de la Sentencia.—Para la adquisición del dominio y demás derechos reales del Código Civil, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, inspirado en el sistema romano, estima indispensable la concurrencia del título y el modo (arts. 609 y 1.095); no bastan las declaraciones de voluntad generadoras del contrato, sino que es precisa, además, la tradición o entrega de la cosa, si bien se admite ésta en formas espiritualizadas, como es la prevista en el párrafo 2.º del artículo 1.462, al disponer que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario. En el caso del recurso, de la escritura pública no se deduce lo contrario respecto del comprador, acreedor de la cosa objeto del contrato de compraventa, negocio jurídico de disposición que además fue inscrito en el Registro de la Propiedad, lo que refuerza la concurrencia de la *traditio*, en su proyección de *ficta*. En cambio, de esa misma escritura no es posible inferir que su otorgamiento equivalga al cumplimiento del requisito de la tradición o modo de adquirir respecto a la cosa que se obligó a entregar la compradora como parte del precio consistente en un local comercial que debía ser construido por dicho comprador. En primer lugar, porque de la propia escritura se deduce que la entrega del local comercial debía realizarse en tiempo aplazado; y, en segundo lugar, porque en realidad tratábase de la entrega de una cosa futura, inexistente en el momento de perfeccionarse el contrato, de tal manera que el pacto, al versar sobre una cosa *speratae* aunque esté determinada, sólo produce efectos obligacionales entre las partes contratantes, requiriéndose para que pueda desplegar efectos traslativos de dominio sobre la obra que, una vez terminada, medie el inexcusable requisito de la entrega o *traditio*.

Para que la *traditio* instrumental opere es necesario, según doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que se den los supuestos siguientes: a) que la compraventa se hubiere celebrado por medio de escritura pública con todos los requisitos formales para su validez; b) que de dicha escritura no

resultare o se dedujere claramente lo contrario, es decir, que no concurra discordancia constatada y suficientemente acreditada con la realidad jurídica; y c) que el vendedor esté en posesión del bien enajenado tanto en forma mediata como inmediata, exigiéndose cumplida prueba en cuanto a la disposición en su condición de *tradens*.

En el caso enjuiciado, por tratarse de un pacto concertado en un contrato de compraventa en el que parte del precio se sustituye por la realización de una obra, el supuesto es análogo al de aquellas relaciones contractuales consistentes en la permuta de parcelas o parte de ellas para construir pisos o locales en las que, con independencia de la controvertida cuestión de su naturaleza jurídica con criterios divergentes en la doctrina de los autores y en la propia jurisprudencia, plantéase también cuándo han de entenderse transmitidos los pisos o locales a construir, toda vez que se origina un cambio de cosa presente, como es el solar o parcela, por otro de cosa futura, la obra a realizar, de tal manera que al perfeccionarse el contrato el propietario de la parcela la tiene a su disposición como dueño y el otorgamiento de la escritura equivale a la *traditio* o entrega, efecto éste que no se produce en relación a la prestación a realizar por el otro contratante por tratarse de la entrega de una cosa futura que habrá de construirse sobre dicha parcela, de modo que el otorgamiento de la escritura no implica la *traditio ficta* del artículo 1.462, párrafo 2.º del Código Civil, dado que el supuesto tradente carece de la posesión a título de dueño de la cosa, sea en su modalidad de posesión inmediata o mediata, al carecer de existencia la cosa, aunque sea posible. De donde resulta que el requisito necesario para adquirir el dominio mediante la *traditio*, concurriendo el título, es la existencia y posesión a título de dueño de la cosa que el obligado deberá entregar cuando se materialice en la realidad mediante la correspondiente edificación.

Es doctrina consolidada de la Sala Primera del Tribunal Supremo la que establece que no son ciertamente identificables la acción reivindicatoria y la tercería de dominio, puesto que la finalidad de la tercería no es la recuperación de la posesión de la cosa, sino el levantamiento del embargo trabado, sustrayéndolo al procedimiento de apremio; pero también es necesario poner de relieve que en la tercería de dominio corresponde al actor tercerista la carga de probar su condición de tercero, la titularidad del bien embargado y la adquisición, por tanto, de dominio sobre la cosa con anterioridad al embargo, por lo que es indispensable analizar el título en el que funde su adquisición.

Comentario.—Se reiteran en esta sentencia las doctrinas jurisprudenciales conforme a las cuales en la enajenación de elementos a construir, la entrega no puede producirse hasta que la construcción esté terminada, no existiendo entre tanto transmisión dominical (Sentencias de 15 de junio de 1992, 22 de marzo de 1993, 9 de noviembre de 1993, 9 de marzo de 1994, 17 de mayo de 1995, 18 de septiembre de 1996 o la reseñada *supra* de 3 de octubre de 1997) y la tradición instrumental del artículo 1.462, párrafo 2.º del Código Civil exige que el vendedor tenga la posesión mediata o inmediata de la cosa vendida (Sentencias de 22 de julio de 1993, 13 de mayo de 1995, 31 de mayo de 1996).

DE LA CÁMARA, sin embargo, descarta que el supuesto de venta de piso sobre plano o en construcción sea de cosa futura, calificándolo de venta de objeto en formación, susceptible de producir efectos reales como verdadera propie-

dad (si concurre la tradición instrumental del art. 1.462 del Código Civil) o como *ius ad rem* (si falta la tradición instrumental).

En este sentido, la STS de 18 de mayo de 1994, estimó que se había producido la adquisición del dominio en un caso en que concurrían una escritura de cesión de bienes a título oneroso (solar) con contraprestación diferida (viviendas y garaje) y otra posterior de obra nueva, constitución en régimen de propiedad horizontal y concreción de derechos, inscritas ambas en el Registro de la Propiedad, lo que según el fallo «refuerza la concurrencia (...) de la *traditio*, en su proyección de *ficta*, al no existir en el contrato nada en contrario». Esta decisión fue aplaudida por GARCÍA GARCÍA en cuanto valora la tradición instrumental sin consideración a la posesión («Luces y sombras en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia hipotecaria: el acierto de la tradición instrumental y las sombras sobre la buena fe del comprador», en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, número 61, febrero-marzo 1995, y en *Lunes 4,30*, número 166, segunda quincena, abril de 1995).

De manera más decidida, la RDGRN de 16 de mayo de 1996, sostuvo que el piso o local de un edificio a construir es un objeto jurídico complejo y en proceso de transformación, sobre el cual el adquirente tiene un verdadero y actual derecho real y cuya adquisición es posible por el efecto traditorio de la escritura pública. Comentando dicha Resolución en esta *Revista*, número 640, mayo-junio de 1997, GARCÍA GARCÍA opinaba que sus declaraciones, inobjetables desde un plano conceptual, no se acomodaban al caso concreto, en que la situación real y el negocio jurídico pactado eran contrarios a una voluntad traditoria respecto del piso futuro. Recientemente, la RDGRN de 5 de enero de 1999, interpreta los términos de un contrato de permuta de cosa futura, de los que «resulta que la transmisión dominical de los inmuebles permutados se produjo desde el momento del otorgamiento de aquél, pues las partes no sólo no excluyeron, sino que expresamente reconocieron el efecto traditorio inherente a la escritura pública, quedando relegada a un momento posterior —el de terminación de la construcción— la puesta material en la posesión del inmueble con la que concluiría el cumplimiento de la obligación de entrega».

El artículo 13 RH, redactado por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, regula la inscripción de las cesiones de vuelo por obra futura, en las cuales se estipule que la contraprestación a la cesión consiste en la *transmisión actual* de pisos o locales a construir, que aparezcan descritos en el propio título de permuta conforme a la LPH y con fijación de la cuota que les corresponderá en los elementos comunes (párr. 1.º), sin perjuicio de la posibilidad de los contratantes de configurar la contraprestación a la cesión de forma distinta o como meramente obligacional (párr. 4.º, *vide* RDGRN de 5 de octubre de 1994).

Sobre la protección registral del derecho sobre pisos o locales a construir, puede verse *infra* el comentario a la STS de 14 de noviembre de 1997.

TERCERÍA DE DOMINIO: REQUISITOS. REQUISITO DE IDENTIFICACIÓN DE LA COSA. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1997.)

El derecho de propiedad privada es reconocido en nuestra Constitución cuyas bases más firmes radican en la regulación que, de tal derecho, se efectúa en el Código Civil. Desde el Derecho Romano ha estado protegido tal derecho por una serie de mecanismos procesales, entre los que destaca como

medio emblemático la acción reivindicatoria, definida según tradicional corriente doctrinal como la que se ejercita por el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario.

Para el éxito de dicha acción reivindicatoria es preciso que concurren, según constante y pacífica doctrina jurisprudencial emanada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, los siguientes requisitos:

- a) título legítimo del reclamante que debe probar,
- b) identificación de la cosa reclamada que ha de acreditarse con la debida precisión, y
- c) la posesión injusta de quien posea la cosa, y a quién, en definitiva, se reclama.

En cuanto al segundo requisito, pacífica y consolidada doctrina jurisprudencial determina que deben fijarse con claridad y precisión la situación, cabida y linderos de la finca, objeto de la acción reivindicatoria, de modo que no pueda dudarse cuál es la que se reclama. La identificación del objeto (cosa, bien, finca) es una cuestión de hecho y, por tanto, reservada al Tribunal de instancia.

RETRACTO LEGAL DE COLINDANTES: FINALIDAD. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1997.)

No puede prosperar la acción de retracto legal de colindantes cuando el pretendido retrayente no ha demostrado que con su acción ha perseguido la unión de pequeños rústicos a fin de suprimir el minifundio y mejorar la producción agrícola; en otras palabras, que al tratar de retraer parcelas sin cultivar, como son tanto la del retrayente como la retraída, no es posible que prospere la acción de retracto, a tenor de la función social que ha de tener la propiedad privada según el artículo 33.2 CE y lo que proclama el precepto cuasi constitucional contenido en el artículo 3.1 del Código Civil cuando dice que las normas se interpretan según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. En el caso analizado lo que se ha pretendido es el interés particular del retrayente, que es distinto al interés público que proclama la norma.

TERCERÍA DE DOMINIO: LEGITIMACIÓN ACTIVA. (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

No puede prosperar la demanda de tercería, porque es requisito fundamental de ésta que sea formulada por verdaderos terceros, condición que no concurre en el caso litigioso por el interés correspectivo de todos los familiares implicados en las operaciones de crédito y transmisión de los bienes.

ACCIÓN DE DESLINDE: REGLAS. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

El Código Civil establece diversas reglas para el deslinde: la primera (art. 385), deslindar en conformidad con los títulos de cada propietario; la

segunda (también del art. 385), practicar la delimitación según lo que resultare de la posesión; cuando los títulos no determinen el área perteneciente a cada propietario y la cuestión no pueda resolverse por la posesión o por otro medio de prueba, el deslinde se hará distribuyendo el terreno objeto de la contienda en partes iguales (art. 386); y, por último, «si los títulos de los colindantes indicasen un espacio mayor o menor del que comprende la totalidad del terreno, el aumento o la falta se distribuirá proporcionalmente» (art. 387).

Tratando de aplicar estas reglas al caso litigioso no son aptas las establecidas en el artículo 385, pues ni la posesión ni los títulos son suficientes para delimitar las heredades. Pero la duda de aplicar las normas del reparto igualitario (art. 386) o las del reparto proporcional (art. 387) ha de decidirse a favor de este último, puesto que los títulos de los colindantes son expresión de superficie menor que la real de ambas fincas, tanto singularmente consideradas como en total. Hay un exceso real de finca cuya atribución debe efectuarse proporcionalmente a lo que figura en los títulos.

ADQUISICIÓN DE DOMINIO: SOBRE ELEMENTOS DE EDIFICIO EN CONSTRUCCIÓN. TERCERÍA DE DOMINIO: REQUISITO DE TÍTULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—En la misma fecha se otorgaron: escritura de venta de un solar, escritura de declaración de obra nueva en construcción y constitución de propiedad horizontal, y escritura de venta de un local comercial del edificio al vendedor del solar.

Doctrina de la Sentencia.—Cuando se otorga la escritura de compraventa del local, éste estaba en construcción y, además, incluso formaba parte de la previa comunidad horizontal que se constituyó con la misma fecha, por lo cual, es aplicable el artículo 8.4.º LH que bajo la modalidad de la llamada «prehorizontalidad» permite la posibilidad de que sean objeto de inscripción los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté por lo menos comenzada, lo que determina, pues, que de dicho título no sólo nació con ese carácter público, sino que accedió al Registro de la Propiedad; y a lo que se añade que al haberse iniciado la construcción, y no existir prueba en contrario de que posteriormente no se continuase en la misma, concurriese ya el objeto de la posesión material por parte del comprador del local.

En la fecha de la constitución del embargo, es llano que el local ya tenía realidad física y, por tanto, se había consumado por completo el título del comprador, por lo que se confirma la plena constitución de dicha titularidad dominical y su preferencia indiscutible a los fines de estimar la acción de tercera.

Comentario.—DÍEZ PICAZO define la prehorizontalidad como aquella situación jurídica que aparece como previa a la plena y perfecta constitución de la propiedad horizontal o propiedad de casas por pisos; en ella, el régimen jurídico de propiedad horizontal no ha llegado todavía a constituirse plenamente, con todos los requisitos exigidos para ello por el ordenamiento jurídico, pero, de algún modo, puede decirse que se encuentra ya formada o declarada la voluntad de los interesados de llegar a establecer la propiedad horizontal y,

además, se ha iniciado el *iter* jurídico necesario para conseguirlo. Señala este autor como casos típicos de prehorizontalidad los siguientes: a) edificios en construcción y meramente proyectados; b) falta de pluralidad de propietarios; y c) falta de título constitutivo. DE LA CÁMARA expone los supuestos más habituales a través de los cuales surge en el tráfico jurídico la situación de prehorizontalidad: la construcción de edificios en comunidad (RRDGRN de 18 de abril de 1988, 24 y 25 de junio de 1991); la compraventa de viviendas o locales sobre plano; y el frecuente cambio de suelo por vuelo (RDGRN de 5 de octubre de 1994).

Uno de los problemas que puede presentar la prehorizontalidad sobre edificio en construcción o en proyecto es la transmisión de la propiedad de los pisos o locales, por la dificultad de concurrencia de modo o tradición sobre un objeto no actualmente existente. Esta cuestión suele plantearse, como en la sentencia aquí recogida y en las anteriores de 3 y 9 de octubre de 1997, en tercerías de dominio interpuestas por los adquirentes frente a las ejecuciones instadas por acreedores del transmitente, quienes en ocasiones tienen la condición de refaccionarios y privilegiados (arts. 1.923.3.º y 1.927.2.º del Código Civil).

En esta situación, para la protección de los legítimos intereses de los adquirentes de elementos privativos, la llamada Carta de Puerto Rico que recoge las conclusiones del III Congreso Internacional de Derecho Registral de 1977 recomendó el acceso a la publicidad registral. La RDGRN de 5 de noviembre de 1982 afirmó que la situación de prehorizontalidad, centrada en el solar como realidad tangible y en el edificio en construcción o simplemente en proyecto, puede tener acceso al Registro, si no existe norma legal que lo impida, a través del título constitutivo de la propiedad horizontal.

Las importantes RRDGRN de 18 de abril de 1988 y 16 de mayo de 1996, a las que puede añadirse la de 5 de enero de 1999, admitieron la inscripción en el folio abierto a la finca, incluso antes de acceder al Registro la división horizontal, de los derechos que sobre aquella tienen los interesados.

El actual artículo 13 RH, redactado por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, regula el acceso al Registro de las cesiones de vuelo por obra futura.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CUALQUIER CONDOMINO PUEDE EJERCITAR ACCIONES EN DEFENSA DE LA COMUNIDAD. APROVECHAMIENTO DEL SUBSUELO. ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITO DE DOMINIO DEL ACTOR. (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Conforme reiterada doctrina del Tribunal Supremo, si bien las comunidades de propietarios no tienen personalidad jurídica, a los integrantes de las mismas les asiste capacidad procesal necesaria y pueden comparecer en juicio en aquellos asuntos que interesen al ente comunitario, para defenderlos, en cuyo caso la sentencia dictada se extiende a todos los cotitulares, y con mayor razón cuando se refiere a elementos comunes.

Cabe el aprovechamiento del subsuelo por persona distinta al dueño del suelo, aprovechamiento que actúa como limitación dominical, con posibilidad de acceso al Registro a tenor de los artículos 13 y 243 LH, como unidad subterránea, compatibilizada con el dominio sobre el suelo y el vuelo, sin que sea preciso se produzca necesaria segregación, pues se trata más bien de situación de afectación de los espacios del subsuelo.

Para el éxito de la acción reivindicatoria el actor debe probar el dominio de la finca que reclama, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, lo que en el supuesto enjuiciado sucede, integrando hecho firme, reforzado con la presunción de legitimación registral que no ha sido combatida eficazmente.

AGUAS: APROVECHAMIENTOS DE AGUAS. (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—Aprovechamiento de aguas de una fuente cuya utilización se basa en unos derechos adquiridos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 29/1985, de 2 de agosto.

Doctrina de la Sentencia.—La Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, atribuye, con carácter general, el dominio público de las aguas al Estado. La DT 1.^a delimita el marco del aprovechamiento del caso, el cual debe ser respetado durante un plazo máximo de setenta y cinco años. La aplicación de lo dispuesto en el artículo 50.2 y en la DT 1.^a y, como consecuencia de esta disposición, los artículos 5 y 10 de la antigua Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, no supone una transgresión al principio de buena fe que proclama el artículo 48.4 de la actual Ley de Aguas, cuando por sentencia se otorga además de un derecho preferente o preeminente de aprovechamiento, un derecho de utilización subsidiaria a favor de distinto titular, evitando la exclusividad de la utilización y un desperdicio de las aguas, sin beneficio alguno.

TERCERÍA DE DOMINIO: REQUISITO DE TÍTULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

El título aportado por el tercerista ha de existir en el momento en que se practica el embargo, no posteriormente.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LEGITIMACIÓN PROCESAL DEL PRESIDENTE. (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha declarado que las facultades representativas del presidente de la Comunidad de propietarios también se extienden a la defensa de los intereses relacionados con los elementos privativos, cuando los propietarios le autorizan para ello, pues de esta manera se evitan procesos contra innumerables personas, a todas las cuales puede representar el presidente de la Comunidad. Los presidentes están investidos de mandato suficiente para la defensa en juicio y fuera de él de los intereses complejos de toda la Comunidad, lo que se excluye si se da una oposición expresa y formal, que mermaría el alcance amplio del mandato representativo presidencial.

HIPOTECA: CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN. CONSTITUCIÓN A TÍTULO ONEROSO. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—Los acreedores ejercitaron acción pauliana o rescisoria frente a hipotecas constituidas por el deudor.

Doctrina de la Sentencia.—El ejercicio eficaz de la acción pauliana o rescisoria regulada en los artículos 1.111 y 1.291 y siguientes del Código Civil, en lo relativo a las enajenaciones en fraude de acreedores exige la realización de un acto por virtud del cual salga la cosa del patrimonio del que la enajena, a lo que ha de equipararse la constitución de un derecho real que merma la garantía patrimonial del deudor.

Si bien la doctrina jurisprudencial exige que el crédito en que se funda la acción rescisoria sea anterior al acto rescindible, ello ha de entenderse en términos generales, siendo preciso que en cada caso se estudie en concreto y con arreglo a las peculiaridades que presente. En el supuesto litigioso el acto cuya rescisión se postula es la constitución de una garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles que requiere como requisito constitutivo la inscripción en el Registro de la Propiedad, requisito que se cumplió con posterioridad al nacimiento de los créditos en que se apoya la acción ejercitada.

La constitución de hipoteca por el deudor en garantía de la devolución del capital prestado no puede afirmarse que se trate de un acto a título gratuito. En este sentido, la STS de 29 de enero de 1997, en un supuesto en que se pretendía negar la protección registral del artículo 34 LH al acreedor hipotecario por no ser adquirente a título oneroso, dice que la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo es justamente la contraria, como no podía ser menos desde el momento en que la hipoteca se constituye para garantizar la satisfacción del crédito, cuya vida y vicisitudes en ella repercute por su necesaria accesoriedad. Esta finalidad económico-jurídica es lo que hace que la legislación hipotecaria nazca, entre otras cosas, para protegerlo y favorecer la seguridad jurídica de los préstamos, es jurídicamente su causa, y la que estructura, en consecuencia, toda normativa sobre la hipoteca, por lo que puede decirse que, si se cumple, el negocio de constitución de la misma tiene causa y está protegido por la Ley. La STS 17 de octubre de 1989 se pronuncia en los siguientes términos: el contrato de creación del préstamo hipotecario es oneroso, no gratuito; así lo demuestra el hecho de que el prestatario debe pagar intereses del capital prestado con otras compensaciones económicas (comisiones, etc.), constituyendo operación habitual de una entidad financiera que obtiene beneficios económicos mediante el ejercicio de esa actividad empresarial. En consecuencia, la constitución de hipoteca sobre bienes propios del deudor no tiene su causa en la mera liberalidad del bienhechor (art. 1.274 del Código Civil), por lo que no cabe aplicar en este caso la presunción de fraude del artículo 1.297 del Código Civil.

PROPIEDAD HORIZONTAL: PREHORIZONTALIDAD. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—Comunidad de propietarios nacida de las ventas de parcelas con los elementos comunes correspondientes a una urbanización que no fue constituida en régimen de propiedad horizontal.

Doctrina de la Sentencia.—Los comuneros están obligados a fijar las cuotas por los cauces legales, mientras no existan se aplica supletoriamente el régimen del Código Civil para comunidades de bienes.

Comentario.—La falta de título constitutivo determina la denominada propiedad horizontal de hecho (RDGRN 21 de mayo de 1997), que se regiría,

según algunos autores, por las normas de la comunidad de bienes, y según FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, por las mismas normas de la propiedad horizontal. El artículo 2.b) de la LPH, redactado por Ley 8/1999, de 6 de abril, dispone su aplicación a las comunidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 396 del Código Civil y no hubiesen otorgado el título constitutivo de la propiedad horizontal.

DOBLE INMATRICULACIÓN: SE APLICA EL DERECHO CIVIL PURO. PREVALECE EL TERCERO PROTEGIDO POR LA FE PÚBLICA REGISTRAL. TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITOS. NO LO ES EL INMATRICULANTE. (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Es doctrina reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo la de que, en general, y salvo el caso del tercero hipotecario al que más adelante se hace referencia, en los supuestos de doble inmatriculación ha de resolverse la pugna conforme a las normas de Derecho Civil puro, con exclusión de las de índole hipotecaria. Por tanto, según ello, ha de determinarse cuál de los dos titulares registrales en litigio adquirió con anterioridad el dominio de la finca litigiosa (única existente), conforme a las citadas normas de Derecho Civil, adquisición que ha de venir determinada, en las transmisiones a título oneroso, por la concurrencia del contrato con la tradición o entrega de la cosa, según la teoría del título y del modo que, para las citadas adquisiciones a título oneroso, rige en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 609 y 1.095 del Código Civil). La expresada tradición puede ser realizada, entre las múltiples modalidades de la misma, por la forma instrumental que regula el artículo 1.462, párrafo 2.º del Código Civil, con arreglo al cual 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.

Pero es que, por otro lado, cuando uno de los titulares registrales reúne la condición de tercero hipotecario y el otro no, el conflicto ha de resolverse, conforme a los principios hipotecarios, a favor del tercero protegido por la fe pública registral, sin tener que acudir a las anteriormente dichas normas del Derecho Civil puro. En el supuesto litigioso, en uno de los titulares registrales concurre la condición de tercero hipotecario, por reunir los requisitos exigidos en el artículo 34 LH, en cuanto adquirió la finca litigiosa de buena fe, a título oneroso, de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitirla e inscribió su derecho en el Registro. En cambio, en el otro titular registral por inmatriculación no concurre la condición de tercero hipotecario, al no darse en el mismo uno de los requisitos que configuran tal instituto jurídico, cual es el de que la persona de quien adquirió la finca no era titular registral y, por tanto, según el Registro carecía de facultades para transmitirla.

PROPIEDAD HORIZONTAL: NOTIFICACIÓN E IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS. (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—Acuerdo de Junta de Propietarios sobre aprobación de estatutos y variación de cuotas, cuya notificación a los ausentes se intentó mediante

remisión notarial por correo que no fue entregada, según se hizo constar en el acta notarial.

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 16, norma 1.^a LPH exige la unanimidad para la validez de los acuerdos que modifiquen las reglas contenidas en el título de propiedad y prevé la comunicación a los propietarios no asistentes a la Junta mediante el mecanismo de que se les ha de notificar fehacientemente del acuerdo tomado y de forma detallada, arbitrándose al efecto un procedimiento de conformación de voluntades tácitas en su párrafo 2.º, con el fin de evitar que la inasistencia de los titulares frustre la adopción definitiva de los acuerdos.

Fehaciente equivale a lo que es evidente y cierto y, tratándose de notificaciones de actos y acuerdos, supone puesta en conocimiento de algo que interesa. Hay que entender, conforme al principio de la recepción, que resultan fehacientes sólo cuando materialmente llegan de forma demostrada a su destino y aunque no sea en forma directa al interesado, siempre que pueda éste tomar conocimiento de modo normal o esté en situación de lograr su alcance, sin la concurrencia de impedimentos acreditados que lo obstaculicen, con lo que se excluye que la notificación haya de ser necesariamente notarial o por medio de funcionario público, bastando que se lleve a cabo y sea efectiva en cuanto pueda llegar su contenido a ser sabido debidamente por el destinatario.

El acta notarial examinada acredita el envío de las cartas, pero no su entrega y recepción, lo que es trascendental para apreciar la fehaciencia, que en el supuesto concreto no concurre, ya que los destinatarios no tuvieron la posibilidad de conocer el contenido de las comunicaciones.

El artículo 16, norma 4.^a LPH establece que la acción para combatir el acuerdo social ha de ejercitarse en el plazo de los treinta días siguientes a la fecha en que fuera tomada la decisión o, atendiendo a su notificación, si el impugnante estuvo ausente en la Junta correspondiente, lo que impone que haya de partirse, en este último caso, de haber tenido lugar la comunicación correspondiente y fehaciente, actuando tal acto de comunicación como presupuesto ineludible para poder apreciar la concurrencia del plazo de caducidad. El momento del inicio del cómputo hay que referirlo a aquél en que se produjo la notificación efectiva de lo acordado y su recepción consecuente por el destinatario, lo que en el caso enjuiciado no ocurrió.

Conforme a la más reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuando la regla de unanimidad no es observada para la adopción del acuerdo, se produce su anulabilidad y no la nulidad de pleno derecho, y lo mismo sucede cuando se infringe algún precepto de la LPH o de los estatutos, ya que es posible la sanación. La nulidad radical sólo opera cuando se trata de acuerdos que infringen disposiciones legales imperativas o prohibitivas que no tengan establecido un efecto distinto en caso de contravención y también cuando resultan contrarias a la moral, al orden público o impliquen fraude de ley.

PROPIEDAD HORIZONTAL: NORMATIVA. DIVISIÓN Y CAMBIO DE DESTINO DE ELEMENTOS PRIVATIVOS Y OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—El propietario de un local comercial lo divide en seis locales independientes, que pueden incluso ser utilizados como viviendas, por haber-

se construido en algunos de ellos cocinas y cuartos de baño. La transformación se ha realizado contra la oposición expresa de la Comunidad de propietarios y ha afectado a los elementos comunes del edificio de servicios de agua, calefacción y energía eléctrica.

Doctrina de la Sentencia.—El artículo 3.2 del Código Civil sólo autoriza que las resoluciones de los Tribunales puedan descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la Ley expresamente lo permita, teniendo la Sala Primera del Tribunal Supremo declarado de manera reiterada y uniforme que el principio de equidad es supletorio de la aplicación de las leyes y, por tanto, sólo de eficacia aplicativa ante la existencia de vacío legal, no es aplicable en hipótesis en que de los textos legales se deduzca con claridad una resolución de los puntos en litigio. Como para la resolución del supuesto litigioso no se hace remisión normativa expresa alguna a la equidad y como, por otro lado, no existe ningún vacío legal a suplir con la misma, pues la LPH tiene la previsión normativa suficiente para el caso contemplado, es improcedente la aplicación exclusiva de la equidad.

La posibilidad de división material de un local comercial en otros más reducidos e independientes requiere, por imperativo legal (art. 8 LPH) la aprobación de la Junta de Propietarios.

Las obras realizadas en el caso de autos han supuesto la alteración de los elementos comunes del edificio y dicha alteración, en cuanto entraña una modificación del título constitutivo, requiere el consentimiento unánime de los propietarios (arts. 5 y 6, norma 1.ª LPH).

La transformación del local comercial único en seis departamentos, algunos de los cuales pueden ser utilizados como viviendas, al haberse construido en ellos sendos cuartos de baño y cocinas, requiere igualmente el consentimiento unánime de todos los propietarios (art. 11 en relación con art. 16, norma 1.ª LPH).

HIPOTECA: EXTENSIÓN OBJETIVA A LAS EDIFICACIONES. (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—En escrituras de constitución de hipoteca, la finca hipotecada se describió como «casa de planta baja», sin mencionar los dos pisos edificadas sobre el bajo.

Doctrina de la Sentencia.—El texto del artículo 110 LH, como bien advierten las SSTs de 21 de diciembre de 1990 y 28 de febrero de 1991, en cuanto a la extensión de la hipoteca a las mejoras realizadas en la finca gravada, y conforme a lo prevenido en el artículo 1.877 del Código Civil, exige llevar a cabo una interpretación integradora de los supuestos legales previstos, y ello impone contemplar una situación dinámica, que puede experimentar cambios y modificaciones constantes en la hipoteca y cuyo estado final ha de precisarse al tiempo de la ejecución.

La lectura del referido artículo 110 LH permite alcanzar la conclusión de que la hipoteca se extiende sin necesidad del pacto a las situaciones en las que se produzca elevación de los edificios, pero no en cuanto se trate de mejoras que consistan en nueva construcción de edificios donde antes no existían, que necesariamente sí precisan medie pacto y han de reputarse expresa y total-

mente excluidas. Ninguno de estos supuestos encajan en el caso litigioso, pues al tiempo de otorgarse la escritura de préstamo hipotecario, ya estaban construidos los pisos sobre la planta baja, que continuó integrada como finca registral independiente y también desde su consideración material, al configurar por sí misma propia unidad para acceder al tráfico jurídico, como lo acredita el hecho de haberse servido de garantía hipotecaria y operar posteriormente en tal consideración de finca autónoma, independiente y suficientemente individualizada.

Lo que se deja dicho conduce al discurso casacional a reafirmar que en las escrituras de constitución de hipoteca no se incluyeron los pisos edificadas sobre el tajo y no se integran conformando una sola finca, por lo que faltó el necesario pacto para extender a los mismos su adjudicación a favor de los adjudicatarios en procedimientos judiciales sumarios. En otro caso se produciría una interpretación amplia del referido precepto hipotecario 110 para abarcar a todo el edificio levantado, cuando lo que se hipoteca es una parte independiente y bien determinada del mismo, como finca singular, por lo que se efectuaría conculcación del artículo 1.876 del Código Civil que sujeta directa e inmediatamente por la hipoteca «los bienes sobre que se impone».

Comentario.—El proyecto de Código Civil de 8 de mayo de 1851 estableció en el artículo 1.800.1.º que el derecho real de hipoteca se extendía a todo lo edificado o construido sobre los bienes gravados; lo que podía referirse, como explica BLASCO GASCÓ, tanto a lo ya edificado o construido en el momento de constituirse la hipoteca cuanto a las nuevas construcciones realizadas con posterioridad a dicho momento. Según los actuales artículos 109 y 110.1.º LH, la hipoteca se extiende a las mejoras y se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario, las mejoras que consistan en obras de elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes que no consistan en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere; los preceptos no se refieren de forma expresa a los edificios ya construidos, quizá —dice LLOPIS GINER— porque el legislador presumía que en el momento de realizarse la hipoteca dichos edificios aparecían debidamente declarados en el Registro de la Propiedad.

La STS de 14 de marzo de 1986, dice que «el artículo 109LH, al extender la hipoteca, además de a las accesiones naturales, a las mejoras que pueda experimentar la finca hipotecada, está dando a entender claramente como, en la generalidad de los casos, la incorporación a aquélla de unas y otras se opera con posterioridad a la constitución del referido derecho real sobre el inmueble objeto de la misma, circunstancia temporal *ex post facto* que, en principio, no puede excluir de la extensión a los muebles incorporados por accesión natural o mejora». Esta idea aparece consolidada en la doctrina de las SSTs de 21 de diciembre de 1990 y 28 de febrero de 1991: «para juzgar como actúa el concepto de extensión de la hipoteca debe estarse a la interpretación integradora de los diversos supuestos legales que comprende y, como resultado de ese examen, se llega a la conclusión de que el concepto no se refiere a una situación estática, la existente al tiempo de constituirse la hipoteca, sino, por el contrario, a una situación dinámica que puede experimentar cambios y modificaciones constante la hipoteca y cuyo estado final se precisa al tiempo de la ejecución». El mismo pronunciamiento, con redacción más breve, se contiene en la sentencia aquí recogida.

La doctrina destaca, igualmente, este carácter dinámico de la finca en la regulación de la extensión objetiva de la hipoteca (arts. 109 a 113LH y 215 RH). ROCA SASTRE, dentro del concepto extensión objetiva de la hipoteca, distingue entre *lo que sobre cuál recae la hipoteca y aquello a lo que se extiende la misma*, añadiendo que la legislación hipotecaria se ocupa de lo segundo. BLASCO GASCÓ diferencia el objeto sobre el que recae la hipoteca —sujeción *ad initio*— y la extensión objetiva de la hipoteca —cómo afectan a la hipoteca ya constituida las vicisitudes del bien hipotecado—. LLOPIS GINER resalta que la extensión objetiva de la hipoteca no puede ser separada del objeto de la hipoteca. Comprendiendo ambos aspectos, y en relación a las edificaciones, pasamos a examinar diferentes supuestos.

1. Edificaciones existentes al constituirse la hipoteca. Según ROCA SASTRE, la hipoteca se extiende, naturalmente, a los edificios ya existentes al ser constituida, como elementos integrantes de la finca. BLASCO GASCÓ, conforme a lo indicado, entiende que con relación a las obras o mejoras existentes al tiempo de constituirse, la hipoteca no se extiende, sino que recae. CAMY SÁNCHEZ-CANETE afirma que en cuanto a las alteraciones positivas en la cosa realizadas con anterioridad a la constitución de la hipoteca es claro el principio de que quedan gravadas con la hipoteca. GARCÍA GARCÍA, al tratar de la extensión necesaria de la hipoteca a determinados bienes, explica que la hipoteca se extiende de modo natural o necesario a ciertos bienes, que forman una unidad con la finca; porque, de la misma manera que no cabe constituir una hipoteca sobre parte de una finca (sin segregaría previamente, formando una nueva), tampoco cabe mantener la hipoteca excluyendo alguna de sus partes integrantes. Para GUILARTE ZAPATERO, los edificios ya construidos en la finca tienen la consideración de elementos integrantes y, por tanto, a ellos se extiende la hipoteca, salvo pacto en contrario.

Este es el supuesto de la sentencia que motiva este comentario, de la que interesa destacar dos pronunciamientos. El primero: las edificaciones existentes en el momento de constituirse la hipoteca no encajan en los supuestos de hecho del artículo 110.1.º LH, sino en el del artículo 1.876 del Código Civil —interpretación ya recogida en la STS de 2 de enero de 1991, conforme a la cual «resulta probado que al constituirse la hipoteca había un edificio ya construido en casi su totalidad; luego no puede hablarse, como es el supuesto de hecho del precepto invocado (art. 110.1.º LH) que después de constituirse la hipoteca se construyeron nuevos edificios»—. El segundo: cabe la constitución de hipoteca, no sobre la totalidad del edificio, sino sobre uno de sus pisos, siempre que éste configure por sí mismo propia unidad para acceder al tráfico jurídico, en la consideración de finca autónoma, independiente y suficientemente individualizada; en el caso concreto examinado para determinar la extensión objetiva de la hipoteca, prima el principio de unidad de la finca, referido a cada uno de los pisos del edificio, sobre los principios *accessorium sequitur principale* y *quod accedit pignori, pignus est*.

En el ámbito del Registro de la Propiedad pueden presentarse problemas en caso de divergencia entre la realidad de la edificación y su descripción tabular:

a) Respecto a la edificación existente en el momento de constituirse la hipoteca, pero sin hallarse inscrita la declaración de la obra nueva, la RDGRN de 6 de febrero de 1986, advierte que el artículo 110LH sólo excluye a las nuevas construcciones de edificios donde antes no las hubiere, pero no a las

que ya existieran en el momento de constituirse la hipoteca; y que la hipoteca se extiende a la edificación, aunque no figure la construcción en el Registro ni se hubiere hecho constar en el contrato (art. 110 LH), lo que no es sino una consecuencia de lo establecido en los artículos 358 y 359 del Código Civil (la Resolución fue comentada el mismo año por LLOPIS GINER, en *Revista General del Derecho*, y por PRESA DE LA CUESTA en esta *Revista Crítica*).

Esta postura se reitera en la RDGRN de 21 de febrero de 1995, conforme a la cual la concepción del edificio como simple elemento descriptivo de las fincas urbanas explica la extensión objetiva de la hipoteca a los edificios ya existentes en la finca hipotecada (art. 110.1.º LH). «De este último precepto se deduce, en efecto, que es indiferente que en el momento de constitución e inscripción de la hipoteca la finca urbana gravada conste inscrita en el Registro sin especificación del edificio ya entonces levantado, porque también en este caso la hipoteca alcanza a la construcción, de modo que la situación de hecho se sobrepone al contenido del Registro y la obra se configura como un elemento accesorio de la finca urbana inscrita, respecto del cual es el aspecto fáctico, no el jurídico, el decisivo» (esta Resolución fue criticada por GARCÍA GARCÍA, «Naturaleza jurídica de la declaración de obra nueva como formalización de un acto real que requiere el consentimiento de todos los condueños», en *Lunes* 4,30, núm. 198, octubre de 1996).

Sin embargo, puede señalarse, tanto a propósito de esta doctrina de la DGRN como de la STS *supra* reseñada, que la hipoteca de pisos o locales inscritos como fincas registrales independientes (art. 107.11 en relación con el art. 8.5.º LH, redactados ambos por la LPH de 21 de julio de 1960) requiere la previa inscripción de la constitución del régimen de propiedad horizontal del edificio, la cual, a su vez, precisa la anterior inscripción del edificio (RDGRN de 25 de junio de 1998). Distinto es el caso de la hipoteca unitaria de casa dividida por pisos, que ROCA SASTRE califica de propia y verdadera hipoteca de la propiedad horizontal, regulada en el artículo 218 RH, inalterado por la LPH.

b) Respecto a la edificación terminada en el momento de constituirse la hipoteca, pero hallándose inscrita en estado de construcción y sin haberse hecho constar la finalización de la obra, la RDGRN de 21 de marzo de 1997 permite la inscripción de la hipoteca y considera parte integrante de la finca sobre que se asienta a la edificación, si bien «el contenido del asiento no prejuzgará si la misma estaba ya concluida al tiempo de la inscripción de la hipoteca ni, por tanto, servirá de elemento acreditativo de la efectiva extensión de la garantía a la edificación descrita si realmente existe al tiempo de la ejecución». Además, la DGRN prevé que en la nota de despacho al pie del título inscrito se reflejará que la finca aparece registralmente descrita en fase de construcción; esta constancia la impondrá posteriormente el artículo 51 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística. (Pueden verse comentarios a la última Resolución citada por DÍAZ FRAILE y GARCÍA GARCÍA, «El tráfico jurídico-registral sobre los inmuebles en construcción», en *Lunes* 4,30, núm. 211, mayo 1997, y en *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 74, mayo-julio 1997; y por LLOPIS GINER en *Revista General del Derecho*, núm. 639, diciembre de 1997).

En esta materia incide la cuestión de la naturaleza jurídica de la obra nueva, acerca de la cual cabe recordar que mientras para RAMOS FOLQUÉS, MONET y PAU PEDRÓN supone la inscripción de un derecho, LACRUZ BERDEJO y

ROCA SASTRE afirman que es la simple constatación de un hecho; esta última es también la postura de la DGRN —Resoluciones de 18 de abril de 1988 y 21 de mayo de 1991, además de las citadas— y a la que parece acercarse el TS —Sentencias de 3 de octubre de 1979 y 27 de junio de 1992—. Asimismo puede destacarse que el acceso de la obra nueva al Registro tiene carácter necesario u obligatorio en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias [arts. 4.1.a) y 5.3; *vide* arts. 3.1, 4.2, pár. últ., 8.2.c), 9.1.4.º e), sobre importancia de constancia del final de obra cuando el régimen se constituye sobre edificio en construcción) y lo tuvo en la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, que no pasó al Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. No siendo posible ocuparse aquí con mayor profundidad de estas cuestiones, continuamos con la exposición de los supuestos de edificaciones que pueden resultar gravadas por hipoteca.

2. Elevaciones de edificios efectuadas con posterioridad. Según ROCA SASTRE, las superedificaciones posteriores son elementos integrantes de la finca a los que se extiende, naturalmente, la hipoteca (art. 110.1.º LH). Para GARCÍA GARCÍA no está clara la razón de la diferencia entre esta elevación de edificios —a la que se extiende la hipoteca— y la nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere —a la que sólo se extiende la hipoteca de existir pacto expreso—, como no sea entender que la elevación del edificio ya existente supone la incorporación de un elemento accesorio al mismo. BLASCO GASCÓ entiende que la elevación de edificios forma parte de la extensión objetiva legal de la hipoteca, que podría sufrir una restricción convencional cuando, por ejemplo, se pactara la no extensión, de modo que no se agotarían las posibilidades crediticias del deudor, y señala los siguientes supuestos en que tal extensión no se producirá sino por pacto:

- a) cuando la responsabilidad hipotecaria está distribuida entre los pisos existentes en el momento de la constitución de la hipoteca (cita los arts. 107.11 LH, 8 LH y 218 RH y a GUILARTE ZAPATERO);
- b) cuando la hipoteca no se extiende al edificio construido con posterioridad a la constitución de la hipoteca; y
- c) en elevaciones que conformen una entidad distinta e independiente, como señalaron GALINDO Y ESCOSURA.

Tratándose de obras de elevación del edificio realizadas por un tercero, titular del derecho de vuelo, CAMY sostiene la extensión de la hipoteca; VENTURA-TRAVERSEZ GONZÁLEZ la niega porque, aunque parece que se trata de una mejora, los nuevos pisos no pertenecen a los hipotecantes; GUILARTE ZAPATERO y BLASCO GASCÓ entienden aplicable a la posible colisión entre el derecho de vuelo y el de hipoteca la regla *prior tempore*, con base en el momento de la inscripción registral.

Respecto de obras de elevación del edificio realizadas por un tercer poseedor, rigen los artículos 112 y 113 LH, de los que hace aplicación la STS de 5 de julio de 1990.

3. Nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere. ROCA SASTRE considera que la exclusión de la extensión objetiva del artículo 110.1.º

LH respecto de construcciones posteriores de nueva planta es criticable y puede explicarse bajo la idea de constituir un estímulo a la construcción; no obstante, el mismo estímulo es digno de ser tenido en cuenta respecto de la elevación de nuevos pisos en los edificios ya existentes y, además, no estimula el crédito territorial. La finalidad de la exclusión, dice BLASCO GASCÓ, estriba en fomentar la construcción de edificios y no agotar las posibilidades crediticias que contiene la potencialidad económica de la finca.

Según ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, siempre será posible el pacto de extensión de la hipoteca a las nuevas construcciones, el cual es frecuente, como cláusula de estilo, y casi nunca falta en la peligrosa y nada recomendable hipoteca de solar. También GARCÍA GARCÍA admite el pacto expreso de extensión. BLASCO GASCÓ indica que en la extensión convencional de la hipoteca el ámbito de la libertad contractual no se agota en los supuestos del artículo 111 LH, sino que alcanza también a los bienes excluidos en el artículo 110.1.º LH; en la práctica, añade, no falta el pacto de extensión a los nuevos edificios, por lo que los problemas derivados de la no extensión en el momento de la ejecución hipotecaria tienen un claro carácter técnico.

Diversas sentencias del Tribunal Supremo contemplan la extensión convencional de la hipoteca a futuras edificaciones. Así, en STS de 22 de octubre de 1983, cláusula de extensión «a lo establecido por el artículo 110 y 111 LH y 215 RH» —«en virtud de tal estipulación expresa, que previno la inclusión en la misma de cualquier otra construcción que se realizara en la finca después de su otorgamiento, hay que entender que la nueva edificación o bodega queda comprendida en la hipoteca»—; en STS de 21 de diciembre de 1990, cláusula de extensión a los bienes que determinan los artículos 109 y 110 LH; en STS de 2 de enero de 1991, cláusula de extensión «a las obras nuevas, hechas y hacenderas»; en STS de 28 de febrero de 1991, cláusula de extensión «a los edificios construidos en la finca hipotecada por los hipotecantes o deudores»; en STS de 20 de marzo de 1992, al parecer, cláusula de extensión al edificio levantado sobre la parcela hipotecada; en STS de 6 de abril de 1995, cláusula de extensión «a todos los bienes y derechos relacionados en los artículos 110 y 111 LH»; en STS de 10 de junio de 1995, cláusula de extensión «a todas las mejoras, edificaciones y obras de todas clases que existan o en adelante se realicen sobre todo o parte de la finca hipotecada» —«dentro de cuyos términos, expresamente pactados, dada la amplitud de los mismos, en los que no se hizo reserva, ni limitación alguna, han de entenderse comprendidas las edificaciones o instalaciones del aeródromo privado» instalado dentro de los linderos de la finca rústica hipotecada.

En cuanto a los pronunciamientos de la DGRN, cabe destacar las Resoluciones de 23 y 26 de octubre de 1987, en las que se plantea el acceso al Registro de la Propiedad de la siguiente cláusula: «se pacta de forma expresa que la hipoteca se extiende a las nuevas construcciones existentes sobre la finca hipotecada, aunque no se haya hecho inscripción de obra nueva, así como también se extenderá dicha hipoteca a las edificaciones que en el futuro pudieren construirse sobre dicha finca». Se sienta la siguiente doctrina: «la doctrina que surge de la Ley (arts. 110 y 112) es la siguiente: 1) Sin pacto, la hipoteca se extiende a la elevación de los edificios, pero no a las mejoras que consistan en nueva elevación de edificios donde antes no los hubiere. 2) Con pacto, se extiende incluso a la nueva construcción de los edificios. 3) Pero, haya pacto o no haya pacto, cuando la finca pasare a un tercer poseedor, no

será extensiva la hipoteca ni a la mejora que consiste en la elevación de los edificios ni la que consiste en nueva construcción, tratándose de mejoras costeadas por el nuevo dueño». La RDGRN de 19 de enero de 1996 confirma que «ciertamente vulneraría el artículo 112 LH la previsión por la que se extendiera la hipoteca a las nuevas construcciones realizadas sobre la finca hipotecada por el tercer poseedor; sin embargo, en la cláusula ahora debatida, no se establece la extensión de la hipoteca a las nuevas construcciones realizadas por el tercer poseedor, sino a las realizadas por el deudor o por quien se subrogue en su lugar, y no hay *razón para* que lo que puede pactarse sobre la extensión de la hipoteca frente al deudor originario, no pueda, igualmente, estipularse frente a quien posteriormente asume su misma posición jurídica, tanto en la titularidad pasiva de la deuda, como en la propiedad del bien gravado». La RDGRN de 21 de marzo de 1997 contempla el pacto de extensión a las nuevas edificaciones que realice el deudor o el tercer poseedor que se subrogue en la misma posición jurídica.

4. Reedificaciones. GARCÍA GARCÍA considera que la hipoteca se extiende sin necesidad de pacto expreso a la reedificación por causa de siniestro, pues el artículo 110.1.º LH se refiere a la exclusión de la nueva construcción donde antes no hubiere edificio; reiteran esta idea ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL. No obstante, la edificación es nueva cuando no guarda relación alguna con el edificio demolido —cobertizo— (GARCÍA GARCÍA), o cuando la anterior construcción era temporal o transitoria (NUSSBAUM). CAMY aplica el mismo criterio de extensión al edificio sobre el solar resultante de demoler otro existente al constituir la hipoteca.

5. Subedificaciones. BLASCO GASCÓ entiende que actualmente la hipoteca se extiende *ope legis* a las subedificaciones, como obra de transformación o dentro de la cláusula genérica «cualesquiera otras semejantes» del artículo 110.1.º LH, salvo pacto expreso de exclusión o que se haya constituido un derecho real de subedificación preferente a la hipoteca.

La STS de 22 de octubre de 1983 se inclina por la extensión en caso de nueva bodega, construida, en parte, sobre la ya existente, y ampliándola, sosteniendo que «al tratarse de la construcción de una bodega a continuación de las existentes, en comunicación con ellas, sobre el suelo de la finca y planta baja, tal construcción viene integrada en la hipoteca, y por tanto no está excluida de la misma, en los términos previstos por el artículo 110 LH».

6. Edificios en construcción. BLASCO GASCÓ examina dos hipótesis: a) si después de la constitución de la hipoteca se eleva el edificio, la hipoteca se extiende a la elevación, salvo pacto en contrario o derecho preferente; b) si en el momento de constituirse la hipoteca ya se han cubierto aguas, la STS de 2 de enero de 1991 considera la terminación del edificio, mejora a la que alcanza la extensión objetiva de la hipoteca sin necesidad de pacto expreso.

La presente sentencia sugiere además algunas reflexiones: En primer lugar, el problema planteado podría haberse evitado si antes de la constitución de la hipoteca hubiese sido inscrita en el Registro de la Propiedad la declaración de obra nueva concluida respecto de las dos plantas edificadas sobre la baja. Por ello, sin desconocer el criterio de las RRDGRN de 6 de febrero de 1986 y 21 de marzo de 1997 citadas, estimamos conveniente que antes de constituir la hipoteca se logre la más perfecta concordancia entre la descripción de la finca en la realidad extrarregistral y la que figura en el Registro. Dice LLOPIS GINER en un artículo sobre *El objeto de la hipoteca inmobiliaria* (Comentario al

art. 106 LH), publicado en el número 617 de esta Revista: «Las divergencias registro-realidad extrarregistral, que siempre son perjudiciales, lo son todavía más en el campo del derecho real de la hipoteca». Y concluye: «El bien inmueble hipotecado reviste unas características propias que en virtud del principio de determinación exige una descripción detallada del mismo, puesto que la inscripción en el derecho real de hipoteca juega un papel preponderante dado su carácter constitutivo y el ser el único medio de publicidad del derecho, de forma que los datos físicos de la finca tienen gran importancia para el derecho real de hipoteca, teniendo una eficacia de la que carecen otros derechos inscritos».

Asimismo, el litigio pone de manifiesto que la cuestión de la determinación de la extensión objetiva de la hipoteca, que indudablemente incide en la fase de seguridad del gravamen, tiene especial importancia en el momento de su realización, como subraya BLASCO GASCÓ. Es en la ejecución cuando, por ejemplo, la descripción inexacta de la finca en los anuncios puede distorsionar los resultados de la subasta. Tras la adjudicación, la inscripción en el Registro de la Propiedad puede plantear problemas como los señalados en la RDGRN de 8 de julio de 1997: «Ciertamente que las mejoras realizadas por el hipotecante después de la constitución del gravamen pueden plantear dudas sobre si se extiende a las mismas la hipoteca ejecutada (y, consiguientemente, si han de entenderse incluidas en la adjudicación realizada, pese a lo previsto en el auto de adjudicación), pero se trata, en todo caso, de cuestiones que el Registrador ha de resolver atendiendo a la naturaleza específica de las mejoras realizadas, y a las previsiones legales y contractuales sobre la extensión del concreto gravamen constituido, sin que pueda eludirlas amparándose en una pretendida indeterminación inexistente del auto calificado».

Añade esta Resolución que al Registrador compete decidir a la vista del mandamiento de cancelación si procede o no la cancelación de los asientos posteriores, incluidos los de declaración de obra nueva en que las mejoras consistan. En este aspecto GARCÍA GARCÍA expone que no deben ser canceladas las declaraciones de obra nueva a las que se extiende la hipoteca porque se integran dentro de la descripción de la finca y no perjudican a la hipoteca motivo de ejecución; ni tampoco las declaraciones de obra nueva a las que no se extiende la hipoteca, porque a su titular no le afecta la hipoteca, sino que la adjudicación da lugar a una extraña figura de dominio dividido, con distintos titulares (uno, del solar, el adjudicatario; y otro, de la edificación, el titular registral de la misma).

Pero el carácter meramente formal de la calificación registral impide que el Registrador tenga en todos los supuestos elementos de juicio suficientes para determinar el ámbito de los bienes objeto de ejecución hipotecaria. Por ejemplo, el Registrador puede desconocer la antigüedad de la edificación y si ésta existía en el momento de constitución de la hipoteca, cuando la inscripción de la obra nueva es posterior a la de la hipoteca. Si únicamente ha de tenerse en cuenta la prioridad registral, en un caso como en de la presente sentencia, la hipoteca se consideraría extensiva a la elevación del edificio; para evitar dicho efecto sería preciso que, como decíamos anteriormente, antes de constituirse la hipoteca sea inscrita en el Registro de la Propiedad la declaración de obra nueva concluida respecto de las nuevas plantas edificadas.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ELEMENTOS PRIVATIVOS Y ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 17 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—En el título constitutivo de la propiedad horizontal no se determina el carácter privativo o común de la planta baja diáfana ni de la terraza del edificio.

Doctrina de la Sentencia.—Toda una planta entera de un edificio no tiene, por naturaleza, el carácter de elemento común del mismo, ni puede considerarse comprendida en la relación de elementos comunes del artículo 396 del Código Civil, aunque tal relación sea considerada como meramente enunciativa y no excluyente o de *numerus clausus*; es evidente que para que a la referida planta le pueda corresponder el carácter de elemento común del edificio ha de atribuírsele expresamente dicho carácter en el título constitutivo de la propiedad horizontal.

A diferencia de la terraza que forme parte integrante de un elemento individual del edificio (piso o local), como componente del mismo, y a la que corresponde la misma conceptualización privativa que al elemento individual del que forma parte, como anejo del mismo, la terraza del edificio, con entidad propia e independiente, tiene por naturaleza el carácter de elemento común de dicho edificio y como tal viene enunciado en el artículo 396 del Código Civil cuando habla de «cubiertas». Por tanto, si en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal no se hace referencia alguna a dicha terraza para atribuirle carácter de elemento privativo (como anejo de algún piso o local), ni ha sido modificado dicho título constitutivo en la única forma legalmente posible, por acuerdo unánime de la Junta de Propietarios, es evidente que a la misma le corresponde la naturaleza de elemento común del edificio.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES. RECTIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO. (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—Escritura de aclaración y modificación del título constitutivo otorgada por los propietarios de los elementos privativos de un edificio en régimen de propiedad horizontal para añadir como elemento privativo una construcción realizada en el ático.

Doctrina de la Sentencia.—Se trata de un negocio jurídico unidireccional y con el interés común de hacer coincidir la realidad registral con la extrarregistral, lo que constituye propósito idéntico y convergente, que viene a constituir la causa del negocio, si se quiere, motivo causalizado, en cuanto se expresa en el mismo por todos los en él interesados.

Las obras de construcción en el ático se realizaron por quienes eran entonces únicos propietarios del inmueble y la modificación del título constitutivo por el acto conjunto de todos los que entonces eran comuneros, de manera que ha de concluirse que dicha modificación tiene plena validez jurídica (arts. 5 y 16 LPH). Si hubo, pues, acuerdo válido para quienes lo firmaron, únicos titulares de los intereses por él reglamentados, sin que pueda hablarse de falsedad o error de la causa o del objeto, y el acto o acuerdo jurídico es

vinculante para quienes lo firmaron, también ha de serlo para el causahabiente a título particular o singular mediante contrato de compraventa de uno de los pisos, de manera que ha de soportar los efectos del acuerdo adoptado con anterioridad a la adquisición.

ACCIÓN CONFESORIA DE SERVIDUMBRE: NO HAY LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO. SERVIDUMBRE: CONSTITUCIÓN POR SIGNO APARENTE O POR DESTINO DEL PADRE DE FAMILIA. (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Hechos.—El propietario de dos locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal, antes de enajenarlos a diferentes personas, instala en la terraza, que es aneja de uno de ellos, los motores para la ventilación del otro.

Doctrina de la Sentencia.—Dada la naturaleza de derecho subjetivamente real que tiene toda servidumbre predial, ante una acción confesoria de servidumbre de dicha naturaleza, es evidente que la relación jurídico-procesal queda plena y perfectamente constituida entre el propietario del que se dice ser el predio dominante (como demandante) y el dueño del que se afirma ser el predio sirviente (como demandado), cualquiera que sea la forma de constitución de dicha servidumbre predial, sin que la sentencia que en el proceso recaiga pueda afectar o perjudicar directamente (salvo la eficacia *erga omnes* que todo derecho real comporta) a ninguna otra persona distinta de los que, como demandante y demandado, han sido partes en el proceso, que es lo que trata de evitar el instituto del *litis consorcio* pasivo necesario.

Cuando el propietario único de los locales del caso estableció el referido signo aparente de servidumbre entre ambos locales, sin que al enajenar los mismos a diferentes personas lo hiciera desaparecer ni expresara en los respectivos títulos de enajenación nada contrario a la continuación (activa y pasivamente) de dicha servidumbre, ello comporta la constitución de la servidumbre conforme al artículo 541 del Código Civil (constitución llamada «por signo aparente» o «por destino del padre de familia»), por concurrir todos los requisitos que, para ello, exige el precepto. El mero hecho de que en la escritura de venta del local gravado se expresara escuetamente que el mismo se encontraba libre de cargas, no puede ser considerado como una manifestación o expresión contraria a la existencia de la repetida servidumbre, ya que es reiterada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo la de que dicha manifestación ha de ser clara y terminante, sin que sea suficiente, para adoptar una solución contraria, el que en el documento de enajenación de cualquiera de las fincas se hiciera constar que se adquirió libre de cargas.

TERCERÍA DE DOMINIO: OBJETO Y FINALIDAD. (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997.)

En la tercería de dominio no se discute en juicio sobre a quién corresponde la verdad dominical respecto de la cosa embargada, o la atribución del derecho de propiedad, sino si dicho embargo ha de continuar si la acción se desestima, o si ha de alzarse si la misma se estima.

En el supuesto litigioso, el objeto de la tercería está constituido por el derecho de crédito frente a la compañía de seguros avalista, que garantizó las obligaciones del contratista en un contrato administrativo de obras.

E. M. A.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

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

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS VENDEDORES EN UNA COMPRAVENTA DECLARADA NULA. (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La Sala sentenciadora con justeza técnica viene a extender el marco de solidaridad, por la «universalidad en la venta y en el cobro del precio» y en especial, por el afán de garantizar la efectividad del derecho al acreedor a la hora de ejecutar el mismo, bajo el presupuesto real de que se trata de corregir las consecuencias de haberse producido una venta inexistente por una comunidad de personas que en su calidad de supuestos vendedores, actuaron de forma indistinta y asumiendo con total repercusión los efectos de su reproable acción negocial.

LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO, EN GENERAL, TIENE UN MATIZ MARCADAMENTE OBJETIVO. (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La responsabilidad del centro sanitario nace de modo directo de la negligencia de sus empleados o dependientes, aunque se presente de modo difuso cuál sea la persona determinada a quien achacar la culpa en concreto; la responsabilidad del empresario, en general, tiene un matiz marcadamente objetivo, fundándose en la responsabilidad por riesgo y en la culpa *in vigilando* o *in eligendo* (Sentencias de 4 de febrero de 1987, 16 de abril de 1993 y 29 de marzo de 1996).

Las prerrogativas para el acto médico (no inversión de la carga de la prueba, ni presunción de culpa...) no son de aplicación a los centros sanitarios.

LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN ESPAÑA HAN EVOLUCIONADO HASTA CRITERIOS DE GRAN PERMISIVIDAD. (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1998.)

Hechos.—La Embajada de Checoslovaquia en España adquirió un piso para el servicio del personal de su embajada. El contrato se consumó plenamente, si bien se puso la condición de que si el Gobierno español no concedía la necesaria autorización, la compraventa quedaría resuelta, debiendo el vendedor devolver el precio. El vendedor, posteriormente, demandó la resolución de la venta, alegando la tardanza en la concesión de la autorización. La demanda se desestimó.

Doctrina de la Sentencia.—No puede, en estricta justicia, más que reconocerse que la legislación sobre control de cambios y sobre inversión extranjera en España es singular y excepcional en función de circunstancias político-sociales y económicas de carácter específicamente coyuntural y que sus dictados proyectan sobre los negocios puramente civiles la necesidad de cumplir unos requisitos meramente contingentes cuando estos negocios jurídicos cumplen el requisito sustantivo prevenido en el Código Civil, en sus artículos 1.261, 1.255 y 1.274.

El tema de las inversiones extranjeras en España (desde la vieja Ley de delitos monetarios de 24 de noviembre de 1938, totalmente prohibitiva, hasta la Ley 40/79, de 10 de diciembre y Decreto de su desarrollo de 10 de octubre de 1980, pasando por la Ley de Inversiones Extranjeras, aprobada en su Texto Refundido por Decreto 3021/74, de 31 de octubre, y su desarrollo por Decreto 3022/74 de la misma fecha) ha ido evolucionando cuando se trata de adquisición de bienes inmuebles urbanos, no afectos a la defensa nacional ni a actividades empresariales, hacia criterios de gran permisividad en la concesión de las correspondientes autorizaciones administrativas.

El contrato litigioso, que tuvo por objeto únicamente la compraventa de un piso vivienda y una plaza de garaje para el servicio del personal de la Embajada de Checoslovaquia en España, no sólo fue perfeccionado, sino que civilmente quedó totalmente consumado en la fecha misma de su celebración, pues el vendedor cobró íntegro el precio de la venta y la embajada compradora entró en la plena posesión de los referidos inmuebles que había comprado. Las dos partes contratantes, al celebrar y consumir el referido contrato, conocían plenamente que era necesaria la autorización del Gobierno español para la total eficacia del mismo y por ello estipularon expresamente que si la embajada compradora no lograba obtener la referida autorización administrativa, el contrato sería resuelto y el vendedor tendría que devolver a la compradora el precio de la compraventa. La referida autorización fue concedida por el Gobierno español, por lo que el expresado defecto quedó subsanado y cumplido el mencionado requisito administrativo.

La embajada compradora no ha incurrido en incumplimiento contractual alguno, pues habiendo los contratantes previsto expresamente la necesidad de que dicha embajada obtuviese del Gobierno español la correspondiente autorización para la compra del piso y plaza de garaje litigiosos, la referida embajada extranjera compradora solicitó inmediatamente la expresada autorización, y al fin la obtuvo, sin que a ella le sea imputable en modo alguno el retraso producido en la concesión de la misma.

Comentario.—La sentencia no recoge, ni se apoya en sus fundamentos para desestimar la demanda del vendedor, lo que parece más obvio: la condición resolutoria se había puesto en interés de la embajada compradora para que ésta no se encontrara, en el supuesto de no autorización de la venta, sin piso y sin dinero; ella era, por tanto, a quien, en todo caso, le competía ejercitarla, y no al vendedor, que ya había recibido la totalidad del precio y en nada resultaba perjudicado por la tardanza en la obtención de la autorización citada.

RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL COMITENTE DE UNA OBRA. (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Si es cierto que, conforme al artículo 1.597 del Código Civil, los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación y dentro de esos límites nos encontramos con una acción directa que se fundamenta en razones de equidad, evitar el enriquecimiento injusto, derecho a manera de refacción o especie de subrogación general derivada del principio de que «el deudor de mi deudor es también deudor mío» (Sentencia de 11 de octubre de 1994), si la acción se dirige contra comitente y contratista, su responsabilidad es solidaria.

LA «VENTA EN GARANTÍA» NO ES UN NEGOCIO SIMULADO, SINO VÁLIDO, CONFORME AL ARTÍCULO 1.445 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que para calificar de usurario determinado préstamo ha de atenderse al momento de la celebración del contrato (Sentencia de 29-9-1992) y es la realidad socio-económica de entonces lo que ha de contemplarse, y no la actual; así, de esta manera, no alcanzaba la calificación de préstamo usurario cuando el interés fijado fue del 20 por 100 (Sentencia de 10-12-1992), e incluso el 22 por 100 (Sentencia de 6-11-1992), y sin perjuicio de que el artículo 2 de la Ley de Usura concede a los Tribunales libertad apreciativa en cada caso concreto, sin sujeción estricta a las pruebas tasadas para calificar como usurarios los préstamos que enjuicie.

A la compraventa perfeccionada le asiste efectiva condición de *venta en garantía*, que no representa por sí un negocio simulado, conformando su causa en el afianzamiento del débito contraído, y produce sus efectos de forma limitada durante el tiempo de vigencia de la obligación garantizada, ya que los adquirentes quedaban obligados a retrovender si sus enajenantes cumplían con los pagos acordados y hacían uso del retracto convencional pactado, y de no ser así, como en este caso ha sucedido, es cuando se produce la consolidación del pleno dominio a favor de los compradores de la vivienda transmitida en la escritura. Se trata de negocio plenamente válido y eficaz, que encuentra amparo legal en el artículo 1.445 del Código Civil.

CONTRATO DE SEGURO: DEBE EVITARSE QUE LAS CLAUSULAS NO MUY CONCRETADAS PUEDAN PERJUDICAR AL ASEGURADO. (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Hay que partir de la base de una jurisprudencia progresiva y en la línea del entorno social presente que preconiza el artículo 3 del Código Civil, que impone la necesidad que en la interpretación de esta clase de contratos de seguros, se marque en la decidida dirección de evitar abusos, provengan de donde provengan, y en todo caso, evitar que las cláusulas o condiciones no muy concretadas puedan perjudicar al asegurado, Inter-

pretándose como cláusulas o condiciones limitativas de los derechos de dicha parte contractual.

Es doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada la que establece que el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro, es aplicable cuando se discute la cuantía de la indemnización pretendida; pero no cuando la cuantía indemnizatoria tiene como base una causa alegada como no predeterminada con exactitud en cuanto a su origen, alcance y defectos, que en consecuencia requiere su previa determinación judicial a través de una sentencia, ya que solamente a partir de esa sentencia es como se origina y determina la causa y consecuente indemnización a la que se aplicará el interés del 20 por 100 establecido en el mencionado precepto de la Ley de Contrato de Seguro.

LA TRANSACCIÓN ES UN CONTRATO BILATERAL. (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La transacción en los términos con que tal figura se perfila en nuestro Código Civil es un medio de dirimir una contienda suscitada entre particulares (art. 1.809), esto es, una relación jurídica entre dos o más personas que se consideran con derecho a una cosa, y que antes de acudir al proceso o una vez comenzado éste, determinan lo más conveniente a sus pretensiones, cediendo proporcionalmente, el todo o parte de sus derechos, para así llegar a un acuerdo amistoso acerca del objeto o derecho que cada uno cree corresponderle, y sobre el que versa la duda o controversia.

La transacción es un contrato bilateral (o plurilateral) que requiere, obviamente, un concurso de declaraciones de voluntad de todas las personas que en él intervienen como partes contratantes (dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa).

LA PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DE CAUSA EN LOS RECONOCIMIENTOS DE DEUDA PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA EN CONTRARIO. (SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La validez y eficacia de todo reconocimiento de deuda vienen basadas en la presunción de existencia de causa, aunque la misma no se exprese en el contrato, pero dicha presunción, dada la naturaleza *iuris tantum* de la misma, puede ser desvirtuada por prueba en contrario, por lo que producida tal desvirtuación, y probada por el presunto deudor la inexistencia de causa, el reconocimiento de deuda cuestionado, deviene inexistente e ineficaz, por dicha falta de causa.

EL PRINCIPIO DE CAUSALIDAD ADECUADA DETERMINA LA EXISTENCIA DE RELACIÓN ENTRE UNA ACCIÓN Y EL DAÑO CAUSADO. (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Para la determinación de la existencia de la relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión —causa— y el

daño o perjuicio resultante —efecto—, la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de la causalidad adecuada que, dice la Sentencia de 31 de enero de 1992, exige la determinación de si la conducta del autor del acto, concretamente la conducta generadora del daño, es generalmente apropiada para producir un resultado de la clase dada, de tal manera que si la apreciación es afirmativa, cabe estimar la existencia de un nexo causal que da paso a la exigencia de responsabilidad, así como que la orientación jurisprudencial viene progresiva y reiteradamente decantándose por la aceptación de la teoría de la causalidad adecuada, consecuencia de la expresión de una necesaria conexión entre un antecedente (causa) y una consecuencia (efecto), también es de apreciar que tales doctrinas y orientación jurisprudencial sólo afectan al módulo cuantitativo, responsabilizados cuando la causa originaria alcance tal trascendencia que haga inoperante cualquier otra incidencia, así como que ésta no sea generante de una causa independiente; deberá valorarse en cada caso concreto, si el acto antecedente que se presenta como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido, no siendo suficientes las simples conjeturas o la existencia de datos fácticos que por una mera coincidencia, induzcan a pensar en una interrelación de esos acontecimientos, sino que es precisa la existencia de una prueba terminante relativa al nexo entre la conducta del agente y la producción del daño, de tal forma que haga patente la culpabilidad que obliga a repararlo.

PREFERENCIA DE CRÉDITOS CUYA TITULARIDAD CORRESPONDE A ENTIDADES PRIVILEGIADAS. SE SEGUIRÁ EL CRITERIO DE PRIORIDAD TEMPORAL. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—El núcleo de la presente contienda judicial es determinar la preferencia crediticia sobre ciertos bienes embargados por la Tesorería General de la Seguridad Social y por la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, en los que aquella entidad ejercita la tercería para determinar el mejor derecho como acreedor concurrente frente a esta última entidad que es el acreedor ejecutante.

Ante todo hay que manifestar que las Haciendas locales, entre las que se pueden incluir las de las Comunidades Autónomas, en cuanto a la preferencia de créditos privilegiados, ostentarán las prerrogativas establecidas legalmente para el Estado; la Hacienda Pública gozará de prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos en cuanto concurra con acreedores de créditos con derecho real.

Por otra parte, los créditos por cuotas de la Seguridad Social gozarán de igual orden de preferencia que los créditos a favor de las Haciendas locales.

De todo lo anterior se deduce que la parte recurrente —la Seguridad Social— está equiparada o en igualdad de condiciones con la parte recurrida —Hacienda de la Comunidad Autónoma—.

En el presente caso, por lo tanto, habrá que recurrir a determinar la preferencia de la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad, sobre todo teniendo en cuenta que el crédito de la entidad recurrente no tiene como base un determinado crédito salarial. En ese aspecto hay que determinar que la fecha de la anotación preventiva de embargo, efectuada por la Seguridad Social, es posterior a la de la Comunidad Autónoma.

La preferencia crediticia que pretende la parte recurrente ha de decaer ante la que obtiene la entidad recurrida, por aplicación directa del principio de temporalidad, pues siendo ambas entidades acreedoras doblemente privilegiadas por título y por Registro, la anotación preventiva inscrita por la Hacienda Pública es anterior a la de la Seguridad Social, con lo que marca la diferencia a favor de dicha Hacienda Pública.

RECURSO DE CASACIÓN: PARA QUE UNA SENTENCIA SEA TACHADA DE CONTRADICTORIA, TAL CONTRADICCIÓN HA DE RESULTAR DEL FALLO. (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—La causa en que puede fundarse un recurso de casación consistente en que el fallo de la sentencia contra la cual se interpone contenga disposiciones contradictorias, sólo es eficaz cuando los pronunciamientos que se tachan de contradictorios no pueden ser al mismo tiempo conclusión de las premisas sentadas por el juzgador sino que, por el contrario, la aceptación de una repela la de otra, y cuando al descender a la efectividad práctica de los pronunciamientos se ponga de manifiesto la imposibilidad práctica de su coexistencia, y en este sentido tiene declarado esta Sala que la «contradicción entre los pronunciamientos de la sentencia ha de desprenderse de los propios términos del fallo, que dificulta su ejecución, siendo necesario que en el fallo se produzca una incompatibilidad absoluta y notoria entre los distintos pronunciamientos; la acusada contradicción ha de resultar entre los términos del fallo entre sí, y no entre los hechos sentados por la Sala y el fallo, siendo preciso que se produzca una notoria incompatibilidad entre los distintos argumentos básicos del fallo, de forma que suscite dudas su ejecución.

ES ADMISIBLE CUALQUIER MEDIO DE PRUEBA PARA DEMOSTRAR QUE UN DETERMINADO BIEN FUE ADQUIRIDO CON CARÁCTER PRIVATIVO Y NO GANANCIAL. (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Ante todo hemos de referirnos a la solución que, bajo el calificativo de «intermedia», adopta la sentencia recurrida, en el sentido de declarar que la vivienda litigiosa pertenece en copropiedad o condominio ordinario, por mitad a los dos esposos. Partiendo del supuesto de que lo único que ha sido debatido en el proceso ha sido si dicha vivienda es un bien privativo de la esposa o si tiene naturaleza ganancial, la referida solución «intermedia» ha de ser rotundamente rechazada, ya que en la compra de la vivienda no intervino para nada el esposo, sino que fue comprada única y exclusivamente por la esposa, por lo que dicha vivienda podrá ser considerada como bien ganancial o como bien privativo de la esposa, pero en ningún caso y bajo ningún aspecto jurídico, como un bien perteneciente en copropiedad por partes iguales a los dos esposos.

Teniendo en cuenta que la finalidad institucional de toda tercería de dominio es la de liberar de un embargo a un determinado bien, que pertenezca (con anterioridad a la traba) a un tercero, que sea ajeno a la deuda reclamada, en garantía de la cual se trabó el referido embargo, correspondenos examinar si en el presente supuesto litigioso concurren los expresados

requisitos. Para ello, ha de dejarse sentado que el hecho de que de unas capitulaciones matrimoniales pactadas en 1985 entre los esposos, en las que estipularon el régimen económico matrimonial de separación de bienes, no se tomara razón en el Registro de la Propiedad, pues los esposos estipulantes carecían de bienes inmuebles en dicha fecha (la existencia de los cuales la presupone el art. 1.333 del Código Civil para dicha toma de razón), aunque sí fueron anotadas en el Registro Civil correspondiente, conforme prescribe dicho precepto, el expresado hecho, repetimos, no puede impedir (al no tener carácter constitutivo dicha toma de razón en el Registro de la Propiedad) que por otros medios probatorios se acredite que un determinado bien fue adquirido por uno de los esposos, bajo el pactado régimen económico matrimonial de separación de bienes, y que, por tanto, es un bien privativo suyo.

LOS COLEGIOS PROFESIONALES PROVINCIALES SON CORPORACIONES DE DERECHO PÚBLICO. (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Los Colegios Profesionales Provinciales son corporaciones de derecho público que agrupan a sectores de base privada y que entre sus fines tienen el velar por los intereses de los miembros de la profesión a través de la colegiación obligatoria y la exclusividad.

Los colegios a su vez, unidos, forman el Consejo General que tutela y marca las pautas comunes para el cumplimiento de los fines corporativos.

Tienen facultades de autoadministración sobre sus miembros y sus decisiones están sujetas al control jurisdiccional que es el contencioso-administrativo cuando se trata de defensa de la corporación, constitución de sus órganos, régimen electoral, decisiones sobre colegiación y disciplina, así como los actos de aprobación de presupuestos. Como éstos se nutren fundamentalmente de las aportaciones de colegiados (a los Colegios Provinciales) y de los Colegios al Consejo General, es preciso partir de la necesidad de que las aportaciones sean reales y efectivas, pero por tratarse éstas de ámbito privado, bien que necesarias para el cumplimiento de fines, es preciso saber qué medios de coerción tienen las corporaciones para su cumplimiento.

Las cuotas insatisfechas podrán ser reclamadas por vía jurisdiccional, cuyo orden es evidente que ha de ser el civil, porque a él se han de someter las cuestiones reguladas por leyes que expresamente no lo atribuyen a otro orden.

LA DIVISIÓN DE LA SENTENCIA EN RESULTANDOS Y CONSIDERANDOS ESTA SUPERADA. (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Acusa el recurrente la violación por la sentencia impugnada de los artículos 24 y 120.3 de la Constitución Española, y 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al estimar que no se ha resuelto de manera motivada.

El formalismo retórico que invoca el recurrente y se manifiesta en la argumentación del motivo carece de toda consistencia, porque la separación de los datos y razones de la sentencia en «resultandos» y «considerandos», como esquema legal de construcción externa de la sentencia, está superada por disposiciones legales posteriores.

LA PERDIDA DE MATERIAL DE COLECCIONISTA SE CONSIDERA DAÑO MORAL. (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1998.)

Doctrina de la Sentencia.—Si la resolución de primera instancia es acertada, la de apelación, que la confirma, no tiene por qué repetir o reproducir los argumentos de aquélla, pues basta, en aras de la economía procesal, la sola corrección de lo que en su caso fuere necesario.

La sentencia califica la pérdida de material propio de coleccionista como daño moral con seguimiento de la línea jurisprudencial seguida sobre dicho espacio, donde esta Sala tiene declarado que la relatividad e imprecisión forzosa del mismo impide una exigencia judicial estricta respecto de su existencia y traducción económica o patrimonial y exige atemperar con prudente criterio ese traspaso de lo físico o tangible a lo moral o intelectual y viceversa, que jurídicamente ha de ser resuelto con aproximación y necesidad pragmática de resolver ese conflicto y de dar solución a la finalidad social que el Derecho debe conseguir y cumplir: el principio *alterum non laedere* (Sentencia de 9 de mayo de 1984).

J. Q. S.

CONTRATO DE CONCESIÓN O DE DISTRIBUCIÓN EN EXCLUSIVA, EXTINCIÓN DEL MISMO. (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1999.)

Doctrina.—El contrato de concesión, también llamado de exclusiva, que regula las relaciones entre las partes litigantes en el presente proceso, es aquél por el que una entidad, la concesionaria, se compromete a adquirir productos a la entidad concedente para, una vez adquiridos, revenderlos y, en su caso, prestar asistencia técnica a sus compradores. Con lo cual el concesionario está inmerso en la red de distribución del concedente, ya que dicho contrato cumple la función de distribución de productos. Puede tener o no, un pacto adicional de exclusiva. Lo importante es que el concesionario actúa en nombre y por cuenta propia, lo que diferencia del contrato de agencia, y adquiere por compraventa los productos del concedente. Es, asimismo, importante el carácter de *intuitu personae* de este contrato.

El problema que se plantea en estos contratos es el de su extinción; problema que no se da si se pacta expresamente o, por lo menos, se pactan condiciones de la misma. En el caso presente, no se ha pactado un plazo de duración de la relación contractual, ni se ha pactado un plazo de preaviso. La doctrina jurisprudencia es que en tales casos cabe resolución unilateral, por una u otra de las partes contratantes, lo cual da lugar a indemnización de daños y perjuicios, si éstos se prueban y si se ha hecho sin justa causa o con abuso de derecho.

DISTINCIÓN ENTRE ALIUD PRO ALIO Y LOS DEFECTOS OCULTOS DE LA COSA OBJETO DE COMPRAVENTA. (SENTENCIA DE 27 DE ABRIL DE 1999.)

Doctrina.—En el supuesto de la sentencia objeto de estudio se está ante un *aliud pro alio* o entre de cosa distinta que no es hábil para el fin al que estaba destinada; se trata de una máquina o instalación, la comprada, que debería

servir para la producción industrial de magdalenas, conchas y bizcochos y que, sin embargo, dadas las carencias de la misma, no es posible obtener industrialmente un producto comercial de calidad, de suerte que su productividad queda limitada a la fabricación de bizcochos, pero sin que tampoco pueda ser utilizada para este producto al cien por cien desde el momento que, a la vista de la prueba pericial practicada «es preciso prescindir de las cuatro hileras de los extremos y siempre que se introdujeran "modificaciones en los sistemas de dosificación y desmoldeo" pues hasta que éstas no se hagan, la pérdida total en este producto por la falta de cocción e incorrecto desmoldeo es del orden del 33 por 100». En conclusión, no estamos ante la entrega de una cosa defectuosa sino distinta a la pactada. Se está, en presencia de la entrega de cosa diversa o *aliud pro alio* que se produce cuando existe pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y completa insatisfacción del comprador.

En consecuencia no puede prosperar la tesis de la parte recurrente basada en que debió haberse aplicado el artículo 1.484, pues los defectos ocultos a que se refieren los presupuestos de los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil son los equivalentes a deterioros, desperfectos o irregularidades en la calidad o idoneidad de los objetos suministrados que dificultando la utilidad de lo así suministrado o comprado deben atacarse por el adquirente-comprador a través de la normativa citada al socaire de las históricas acciones edilicias del derecho honorario en su desarrollo justiniano de carácter estimatorio o de reajuste del precio a causa de tales defectos ocultos y explicables para no bloquear o agilitar el tráfico de intercambio de bienes por dinero. No cabe pues estimar, como defectos ocultos sujetos al plazo de prescripción de seis meses aquellos que por su entidad física o funcional y habida cuenta del contrato supongan, como en el presente caso acontece, un incumplimiento contractual que hace inútil la máquina para el cumplimiento de su destino conforme a su naturaleza.

CONTRATO DE APERTURA DE CRÉDITO EN CUENTA CORRIENTE. (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1999.)

Doctrina.—La cuestión primordial planteada en este recurso de casación es la relativa a la calificación del contrato suscrito entre el actor recurrente y la entidad bancaria demandada, calificada como de apertura de crédito en cuenta corriente. Se trata de aquel contrato por el cual el Banco se obliga, dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de éste y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente. Tal contrato es de carácter consensual y bilateral, y no puede ser confundido con el préstamo regulado en los artículos 1.753 a 1.757 del Código Civil, y 311 y siguientes del Código de Comercio, de naturaleza real, que se perfecciona por la entrega de la cosa prestada, y unilateral por cuanto de él sólo surgen obligaciones para uno de los contratantes, el prestatario.

Tal calificación jurídica es la que corresponde al contrato litigioso, documentado en la escritura pública notarial, no ya por la denominación que le dieron los contratantes «escritura de crédito en cuenta corriente con garantía hipotecaria», sino por el tenor literal, claro y preciso de las estipulaciones que conforman su contenido. Y ello porque en la cláusula primera del contrato se dispone que «el Banco concede a la otra parte contratante un crédito de cuenta corriente, en los términos que resultan de este documento, obligándose

el acreditado y los garantes, solidariamente entre sí y con aquél, si los hubiese, a reembolsar las cantidades que por cuenta del mismo disponga el acreditado, así como los intereses, comisiones, impuestos y gastos incluso los de carácter judicial que graven estas operaciones hasta su total pago, con arreglo al presente clausulado», en el que se establece el régimen convencional pactado acorde a su objeto contractual.

DISTINCIÓN ENTRE CESIÓN ONEROSA Y DONACIÓN DE INMUEBLES HECHA EN DOCUMENTO PRIVADO. (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1999.)

Doctrina.—La interpretación de los contratos es función propia de los Juzgadores de Instancia, cuyo resultado exegético ha de ser mantenido invariable en casación, a no ser que el mismo sea absurdo, ilógico o conculcador de alguna de las normas de la hermenéutica contractual, nada de lo cual es predicable de la correcta calificación de la sentencia recurrida, que se califica como donación de inmuebles hecha en documento privado, ya que en ninguna estipulación se pacta, ni siquiera se insinúa, ninguna contraprestación a favor de la donante. Lo que indica que la demandada tenía intención de ceder al hijo fallecido unos locales pendientes de construir y aunque posteriormente toleró su ocupación y uso, en ningún momento perfeccionó la donación mediante escritura pública, requisito *ad solemnitatem* que hace ineficaz cualquier expectativa de transmisión gratuita de lo reivindicado y no puede, por otra parte, considerarse probado que la cesión correspondiera a un contrato oneroso, mediante precio.

VALIDEZ DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA SUSCRITO POR REPRESENTANTE RATIFICADO POSTERIORMENTE. (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1999.)

Doctrina.—La sociedad recurrente otorgó el necesario consentimiento para la validez de las ventas litigiosas, realizada por el socio representante de la sociedad que tenía poderes ilimitados. Contrato que fue ratificado tácitamente, en virtud del artículo 1.259 del Código Civil, ratificación que tuvo lugar antes de ser revocado el poder del socio representante. Esta ratificación tácita ha existido porque el supuesto «no representado» se ha aprovechado de la gestión del representante.

I. I. M.

DECLARADA UNA DONACIÓN DISIMULADA EN EL OTORGAMIENTO DE UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA Y SU INOFICIOSIDAD EN CUANTO PERJUDICASE LA LEGÍTIMA Estricta DE LOS HEREDEROS. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Palencia dicta Sentencia en fecha 28 de abril de 1989, que posteriormente es revocada por la dictada en fecha 24 de enero de 1991 por la Audiencia Provincial de Valladolid. Prospera el recurso de casación.

Doctrina de la Sentencia.—La inoficiosidad de la donación se determina mediante la fijación de la legítima estricta de los herederos forzosos, y una declaración disimulada bajo la apariencia de compraventa no sólo no constituye mejora expresa sino tan siquiera cabe englobarse en los supuestos que algún sector doctrinal reputa mejoras tácitas, admisibles, en base a lo dispuesto en los artículos 819 y 825 del Código Civil y de los que se extrae la consecuencia de que lo donado ha de imputarse exclusivamente a la legítima estricta o corta del donatario y en lo que exceda de ésta y del tercio de libre disposición resultará inoficiosa y deberá procederse a su reducción.

ACUERDO TRANSACCIONAL. LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO Y OBLIGACIONES SOLIDARIAS. INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS.
(SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Igualada en Sentencia de 6 de abril de 1992 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11.ª) en Sentencia de 18 de febrero de 1994 estima parcialmente el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Con fecha 4 de diciembre de 1987, unos particulares y la entidad «Comercial Godo, S. L.» suscriben un documento transaccional.

Doctrina de la Sentencia.—Las doctrinas científica y jurisprudencial han reducido el alcance del inciso final del artículo 1.137 del Código Civil, pues el mismo dispone lo siguiente: «La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria», mediante la apreciación de la posibilidad de la presencia de la solidaridad sin necesidad de una declaración de voluntad expresa sobre este particular sino sólo con la constancia del ánimo de las partes de que la obligación sea solidaria tras aplicar todas las reglas de interpretación del contrato, es decir, se considera que una obligación posee dicha naturaleza si de su texto se infiere la solidaridad y puede deducirse que la intención de los contratantes fue la de crear la unidad en la obligación y la responsabilidad *in solidum* de los cointeresados.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. NO CABE RESOLUCIÓN PARCIAL POR EL HECHO DEL PAGO TAMBIÉN PARCIAL, HABIENDO VENDIDO TODOS LOS COPROPIETARIOS DE LAS COSAS PERO NO POR CUOTAS. (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Palma de Mallorca en Sentencia de 9 de abril de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3.ª) en Sentencia de 21 de febrero de 1994 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Objeto de la litis.—El pleito tiene su origen en un contrato privado de compraventa de fecha 16 de junio de 1986 por cuya virtud don Horst Richard Abel y los señores Christeinieck, a partes iguales, venden a los demandados don José Javier López Campos y don José Pardo Sánchez, unos locales comerciales y la industria de bar-restaurante-cafetería ubicada en los mismos.

Doctrina de la Sentencia.—La aplicación de la facultad resolutoria del artículo 1.504 del Código Civil en el especial supuesto de la compraventa de inmuebles, como la genérica del artículo 1.124 del Código Civil, requiere no un simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el denunciado como incumplidor sino que es preciso que se potencie de forma indubitada la existencia de una voluntad manifiestamente rebelde y obstativa al cumplimiento y éste sea imputable al comprador, pretendiendo en el desarrollo que sólo existe un retraso en el pago de parte de los plazos, pues se satisfizo el 50 por 100 del precio asignado a los copropietarios vendedores, existiendo una predisposición al pago. El Código Civil se ocupa fundamentalmente de regular el condominio o copropiedad que es la comunidad referida al derecho de propiedad, es decir, cuando éste se atribuye conjuntamente a varias personas, los condóminos son propietarios de toda la cosa común al tiempo que de una parte abstracta de ella, y les corresponden por imperio de la ley los derechos derivados de la propiedad, expresando que el sistema seguido por el Código Civil acoge la concepción romanista de la comunidad por cuotas, partes iguales o abstractas que no tienen concreción material hasta el instante de la división; en la comunidad hay unidad de objeto y pluralidad de sujetos, insistiendo en que la concepción de la comunidad en nuestro Código es la de cuotas ideales o abstractas que sólo se concretan con la división y adjudicación proporcional, cosa que no había ocurrido en el supuesto que nos ocupa, aunque se dividiese el precio y se legitimase al actor para la resolución con la aquiescencia de los recurrentes.

CONTRATO DE EJECUCIÓN DE OBRAS. AUMENTO DE OBRA. (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 21 de los de Madrid en Sentencia de 11 de noviembre de 1991 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.^a) en Sentencia de 27 de febrero de 1994 desestima íntegramente el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Objeto de la litis.—Se condena al pago de unas mejoras inexistentes y no consentidas, ni expresa ni tácitamente, en base a la presunción de un consentimiento tácito.

Doctrina de la Sentencia.—Es reiterada la doctrina de la Sala en el sentido de que el artículo 1.124 del Código Civil no contiene normas valorativas de prueba y opera para distribuir su carga entre las partes procesales, por lo que su infracción sólo puede ser aducida en caso de ausencia de pruebas de hechos concretos en que la Sala sentenciadora no tenga en cuenta la regla de distribución del *onus probandi* al hacer soportar esa falta a la parte sobre la cual no gravita la carga, pero esto no sucede en nuestro caso, el Tribunal de

instancia valora el material probatorio para concluir la existencia de un consentimiento tácito del recurrente al exceso de obra ejecutado. También reiterada jurisprudencia de esta Sala en sentencias como las de 10 de junio de 1962, 16 de febrero y 18 de abril de 1965, 28 de marzo y 14 de octubre de 1996, entre otras, ha interpretado el artículo 1.593 del Código Civil en el sentido de que el principio de invariabilidad del precio contratado para una determinada obra, como precio tasado por ajuste alzado, no ha de aplicarse a obras no presupuestadas, que representan un incremento real, cambio o adición, es decir, lo que se conoce como *aumento de obra*, cuyo pago corresponde a quien encarga las mismas, las autoriza o simplemente las consiente, recibéndolas o aceptándolas con independencia de que sea a plena satisfacción del comitente. Asimismo es doctrina jurisprudencial la de la declaración de la existencia del consentimiento del dueño de la obra al aumento producido, cuestión de hecho sometida a la libre determinación del juzgador de instancia que ha de ser respetado en casación en tanto no se impugne eficazmente por la vía adecuada, es decir, vigente la Ley 10/1992, de 30 de abril.

COMPRAVENTA. EL SEGURO DE CAUCIÓN. (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Granada en Sentencia de 27 de noviembre de 1992 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.ª) en Sentencia de 4 de diciembre de 1993 revoca la sentencia dictada por el de Primera Instancia.

No prospera el recurso de casación.

Objeto del litigio.—Se otorga un derecho de opción de compra, la cual queda efectivamente extinguida al afectarle caducidad por falta de ejercicio por el beneficiario en los plazos prorrogados convenidos, lo cual no resulta impeditivo para que la compraventa tuviese lugar como negocio independiente en base al principio de libertad de contratación.

Doctrina de la Sentencia.—**La opción de compra** en sí misma es un derecho, que también puede conformarse como negocio jurídico que se realiza y expresa a través de una venta acordada, que integra el objeto convenido como elemento esencial de la misma y ocasiona, por el ejercicio voluntario del *derecho opcional* a cargo del beneficiario, la celebración del contrato de compraventa, alcanzando estado de perfección y culminando con el desplazamiento de la titularidad dominical de lo enajenado, del que cede en favor del adquirente y éste queda obligado a pagar el precio convenido. Así las cosas y en línea de elemental lógica jurídica el aval de autor no garantizaba en sí la opción y la mención que de ella se hace en el documento es mera referencia a que no excluye la venta a la que afectaba, ya que la opción no había generado precio de venta propio. La cobertura prestada del riesgo y que se refiere al aval, que fue mantenido y nunca se retiró o se dejó sin efecto, hay que referirlo necesariamente y por responder a voluntades concertadas de las partes, al precio de la compraventa proyectada, cosa distinta es que se hubiera cubierto la opción y excluido expresamente la compraventa. Lo que resulta absurdo y que en este caso se celebró al margen de aquella por haber caducado, pero respetando las condiciones de pago convenidas en la relación opcional.

Además del precio respecto al fijado en el contrato de opción, no representa una novación plena de este elemento esencial y lo que constantemente se dejó de lado es que la opción había caducado y la compraventa se celebró fuera de su eficacia, aunque respetando y dando actualidad y vigencia a las condiciones de pago que se habían pactado, para cuya cobertura se aportó un aval. Y es que el seguro de caución se rige por sus preceptos específicos y condiciones particulares y generales de la póliza y no por la normativa de las fianzas del Código Civil, tratándose de un seguro por cuenta ajena. De este modo el aval emitido por la recurrente es consecuencia y complemento del seguro concertado de referencia, pues su expedición expresa el compromiso que adquirió la entidad aseguradora frente al asegurado de responder del cumplimiento de las obligaciones del tomador.

El acreedor garantizado podrá accionar tanto contra el asegurador como contra el tomador y asimismo conjuntamente conforme al artículo 1.114 del Código Civil, en razón a la solidaridad creada entre ellos pues lo que en realidad alcanza la protección del seguro del pleito es el impago de la deuda que resultaba cubierta en el momento de su vencimiento y con independencia de las circunstancias o causas que han provocado tal situación.

EL ARTICULO 1.214 DEL CÓDIGO CIVIL NO CONTIENE NORMA ALGUNA SOBRE VALORACIÓN DE PRUEBA. EL DUEÑO DE LA OBRA ESTA OBLIGADO A PAGAR EL PRECIO DE LAS OBRAS NO INCLUIDAS EN EL CONTRATO, SI LAS MISMAS FUERON REALIZADAS CON SU CONSENTIMIENTO. (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Valladolid en Sentencia de 30 de octubre de 1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.ª) en Sentencia de 10 de marzo de 1994 desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Objeto del litigio.—Con base en un contrato de arrendamiento de obra de fecha 6 de agosto de 1991 se promueve por don Heliodoro Manrique San José (contratista) contra la entidad mercantil «Construcciones Cofrade, S. A.», un juicio de menor cuantía en el que la demandada le adeuda la cantidad de diecisiete millones de pesetas (resto del precio total estipulado pues sólo se habían pagado dos millones de pesetas a cuenta de dicho precio) y el valor de unas obras no pactadas en el contrato (obras «a mayores») por importe de novecientos cincuenta mil cuatrocientas treinta y dos pesetas.

Doctrina de la Sentencia.—Es evidente que existe una adecuación entre el fallo y el *petitum* de la demanda, pues habiendo alegado el actor en la demanda la ejecución por él de tales obras no estipuladas en el contrato (obras «a mayores») y habiendo postulado se condene a la demandada al pago del precio de las mismas, la sentencia no incurre en vicio alguno de incongruencia al estimar dicha pretensión y condenar a la demandada al pago del precio de las referidas obras, a determinar en ejecución de sentencia. Conforme al criterio establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cabe el aumento del precio ex artículo 1.593 para el caso de que el arquitecto director de obra por decisión unilateral del dueño de la obra ordene variaciones en la ejecu-

ción de la misma respecto del proyecto, y es que, en realidad, las obras «a mayores» lo fueron por orden de la dirección facultativa como necesarias para la realización de la obra aunque no estuviera en el proyecto inicial y su acabado da lugar al aumento del precio permitido por el citado artículo 1.593 del Código Civil. El consentimiento o autorización de la propiedad puede ser expreso o tácito y dado el curso normal de las cosas hay que concluir que la propiedad consintió su realización, pues no consta su oposición a las mismas y hay que deducir conocimiento.

Es reiterada y notoria la doctrina de la Sala que mantiene que el artículo 1.214 del Código Civil, único invocado como supuestamente infringido, no contiene norma alguna sobre valoración de la prueba, sino que simplemente regula la distribución de la carga de la misma entre las partes, por lo que su infracción sólo puede ser invocada en casación cuando, ante la ausencia de prueba de hecho concreto, la Sala *a quo* no haya tenido en cuenta dicha regla distributiva del *onus probandi*, al determinar la parte que haya de soportar las consecuencias de esa falta de prueba, pero lo expuesto no se da en nuestra litis. Aquí la sentencia recurrida en total coincidencia con la de Primera Instancia declara plenamente probado que el actor ejecutó las obras «a mayores» ya en varias ocasiones mencionadas.

JUICIO VERBAL DE DESAHUCIO. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 38 de los de Barcelona en Sentencia de 7 de octubre de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14.^a) en Sentencia de 12 de marzo de 1994 desestima el recurso de apelación.

Se dedica el presente supuesto a combatir la legalidad y la pureza del procedimiento del juicio verbal de desahucio en el que se estimó la demanda y se resolvió el contrato.

CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. RESOLUCIÓN Y EFECTOS EX NUNC DE DICHA RESOLUCIÓN. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 38 de los de Barcelona en Sentencia de 9 de julio de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.^a) en Sentencia de 11 de febrero de 1994 desestima el recurso de «Lactaria Española, S. A.» y estima el de «Lácteos Aragoneses, S. A.».

Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Se persigue declarar resuelto el contrato de distribución que celebraron las partes el 30 de noviembre de 1982, finalizando sus relaciones comerciales y condenando a «Lácteos Aragoneses, S. A.», a satisfacer la cantidad reclamada con sus intereses legales.

Doctrina de la Sentencia.—En el caso que contemplamos se da idéntica indefinición, pero una indefinición referida al elemento temporal de la obligación cuyo incumplimiento, con efecto resolutorio —que más tarde comentaremos— se atribuye a la actora-reconvenida y acordando de manera verbal

entre las partes y atención a la futura prórroga el contrato que las mismas suscribieron y en atención a una futura prórroga del contrato, éste consistente en que «Lactaria Española, S. A.» pagaría a «Lácteos Aragoneses, S. A.», una prima compensatoria de la definitiva asunción por ésta de la plantilla. Pues bien, en el presente litigio las cuestiones sometidas al debate judicial tienen un estricto carácter de Derecho privado, sujetas a normas de esta naturaleza como las que regulan la resolución de los contratos y sus consecuencias restitutorias, materias de carácter civil cuyo conocimiento viene atribuido a los órganos jurisdiccionales del orden civil, aunque no vinculante para esta Sala. A este criterio responden las Sentencias de la Sala de lo Social del TS de 30 de abril de 1990 y de 30 de junio de 1993, la primera alude a la responsabilidad solidaria entre empresarios a que se refiere el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, y la segunda confirma la declaración de incompetencia de jurisdicción contenida en la sentencia recurrida, afirmando que la Sala de lo Social, tanto de la Audiencia Nacional como la del TS, no tienen legalmente atribuido el conocimiento de una pretensión encaminada a declarar que las ventas realizadas son nulas o son constitutivas de delito. Además, se ataca la eficacia retroactiva que la sentencia recurrida atribuye a la resolución contractual que declara, y así se adelantan razones impugnatorias *que constituyen* el núcleo argumental dirigido a impugnar los efectos *ex tunc* de la resolución. Se dan efectos retroactivos a la resolución del contrato por incumplimiento, restableciendo la situación de los contratantes al momento anterior a la celebración del contrato.

En principio, y como regla general, los efectos de la resolución contractual se producen *ex tunc*, colocando a los intervinientes en la misma situación en que se hallarían si el contrato no se hubiese celebrado, lo que lleva consigo la obligación de restituir a cada parte lo que haya recibido de la otra por razón del vínculo obligacional, sin perjuicio del derecho de terceros adquirentes de buena fe. Esa eficacia retroactiva no puede aplicarse respecto a relaciones duraderas que, en todo o en parte, han sido consumadas, lo que sucede en contratos como los de arrendamiento, de agencia o de comisión mercantil, en que la resolución del vínculo contractual opera *ex nunc*, produciéndose únicamente efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual, y esto aplicado al contrato de distribución en litigio *impide retrotraer al momento de la celebración del contrato* cuya resolución se ordena, con la consiguiente infracción de los párrafos segundo y cuarto del artículo 1.124 del Código Civil, que disponen lo siguiente: «...El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible... Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria». Y es que el artículo 1.124, reiteradamente citado, es claro exponente de la facultad de resolver las obligaciones, facultad que se entiende implícita en las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera con lo que le incumbe, indudablemente se precisa para su aplicación, y ello según reiterada doctrina jurisprudencial, además de la reciprocidad de las obligaciones y una situación de incumplimiento, que la que alega incumplimiento, sea exigible y una voluntad rebelde y declarada en el acusado de incumplidor, aspectos estos precisos y no concurrentes en nuestra litis, en la que la obligación emanante de cuál sea

en realidad la cantidad a fijar en orden a las tarifas correspondientes al contrato de transporte no puede ser exigible mientras no se determine adecuadamente, decidiendo controversia al respecto, cual es la precedente, y la requerida voluntad rebelde de incumplidora no puede tampoco ser reconocida en tanto esa circunstancia cuantitativa no sea adecuadamente establecida. En nuestra litis se da idéntica indefinición, si bien referida al elemento temporal, de la obligación cuyo incumplimiento, con efecto resolutorio, se atribuye a la actora reconvenida, acordada de forma verbal entre las partes y en atención a la futura prórroga del contrato suscrito. Se trata de un contrato en el que las obligaciones asumidas por las partes han de ser ejecutadas a lo largo de un período de tiempo fijado por ellas y que no podrían ser impuestas con carácter retroactivo contra la expresada voluntad resolutoria de las partes, deviniendo las obligaciones contractuales de imposible cumplimiento, por eso, la Sala, haciendo uso del principio *iura novit curia* y en aplicación del artículo 1.184 del Código Civil, declara resuelto el contrato de distribución que mediaba entre las partes a partir del último día en que cesan las relaciones contractuales entre ellas.

COMPRAVENTA EN LA MODALIDAD DE «MERCADO DE FUTUROS». LOS ARTÍCULOS 1.214 Y 1.256 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Lérida en Sentencia de 28 de enero de 1994 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Lérida (Sección 2.^a) en Sentencia de 7 de abril de 1994 estima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Se condena al demandado a abonar al actor la diferencia del precio asignado a unas mercancías que tenía que haber retirado en los plazos señalados al contratar y el obtenido al ser vendidas a terceros, una vez transcurridos dichos plazos sin que el comprador las retirara, es decir, la diferencia entre el precio inicialmente acordado y el precio de mercado del producto en la fecha del vencimiento, figura contractual que denomina como de «**mercado de futuros**» regulada por la costumbre que, si bien está sometida a los riesgos que entraña la variación de los precios en el mercado, en el caso concreto garantizaba el suministro de harina de soja al comprador, constituyendo una figura válida, derivada de la compraventa en virtud del principio de autonomía de la voluntad.

Doctrina de la Sentencia.—La alusión hecha en el título que da nombre al comentario de esta nuestra sentencia, se circunscribe a que en el primero de los preceptos —el art. 1.214— al demandante le incumbe la prueba de que el contrato corresponde a la modalidad de los denominados de «mercado de futuros», y en cuanto al segundo —el art. 1.256— porque en ningún momento puede quedar el precio al arbitrio de una de las partes.

Es doctrina reiterada y constante de la Sala la de que el artículo 1.214 del Código Civil: «Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone», *no contiene norma alguna sobre valoración de la prueba* y, por su carácter general, no puede servir de apoyo a un

recurso de casación, porque el Tribunal de instancia puede obtener su convicción por cualesquiera de las pruebas obrantes en autos, con independencia de quién la haya llevado a los mismos, salvo que se acuse al Juzgador de haber alterado indebidamente el *onus probandi*, conforme al que le corresponde al actor probar los hechos constitutivos de su pretensión y al demandado los obstructivos, impeditivos o extintivos, de manera que quien no satisfaga su carga probatoria ha de pechar con las consecuencias perjudiciales que de ello se derivan. En el caso que nos ocupa, la Audiencia consideró probada la existencia del contrato y el ser de la naturaleza de «mercado de futuros», pues tiene establecido la Sala que la existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos, esencial del mismo, es 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 mientras no se desvirtúe por el cauce adecuado, hoy sólo alegando error de derecho con invocación de la norma valorativa de prueba que se considere infringida, carácter éste que no tiene el artículo 1.214. Y por lo atinente al artículo 1.256, también del Código Civil, es evidente que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes, en torno a ello decir que cuando el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiese de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones del Código Civil. Así, la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 del Código Civil y las disposiciones de la Ley Hipotecaria, pues la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado. Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe. En este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la cesión, y paralelamente decir que el que hubiese adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios que la enajenación les hubiese ocasionado, siempre que por cualquier causa le fuese imposible devolverlas.

INFRACCIÓN AL ARTICULO 1.106 DEL CÓDIGO CIVIL, SOLO PUEDE IMPUGNARSE LA NO INCLUSIÓN DE SU CONCEPTO EN LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, PERO NO SU CUANTÍA. (SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Madrid en Sentencia de 1 de diciembre de 1989 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial

de Madrid (Sección 18.^a) en Sentencia de 1 de diciembre de 1993 estima, también parcialmente, el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Objeto del litigio.—Incumplimiento de contrato de cesión de solar a cambio de edificación. Se pretende que la indemnización por *lucro cesante* abarque el 10 por 100 del importe del proyecto constructivo que los recurrentes consideran fijado de forma prudencial. Y es que la indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor.

Doctrina de la Sentencia.—En realidad, con el recurso de casación nos encontramos ante un momento en el que partiendo de unos hechos que han quedado incólumes, trata de determinar si las consecuencias jurídicas o soluciones obtenidas son las procedentes conforme al ordenamiento positivo. De ahí que a la vista de lo anteriormente razonado, mantengamos que la base fáctica de la sentencia sólo puede ser combatida por error de derecho en la valoración, sin embargo, el artículo 1.106 no tiene esta naturaleza jurídica, pues establece *el alcance* que ha de darse a la indemnización de daños y perjuicios, al establecer que comprenden no sólo el valor de las pérdidas, sino también el de las ganancias que se hayan dejado de obtener, es decir, el de las ganancias frustradas o *lucro cesante* que, con cierta probabilidad, fuera de esperar en el desarrollo normal de las circunstancias del caso, buscando un punto de vista objetivo que obliga a una interpretación restrictiva, a realizar por el juzgador de instancia, dado su carácter imparcial, debiendo excluirse lo meramente dudoso, contingente o fundado en meras esperanzas. Pero la determinación de la cuantía de los daños y perjuicios, como cuestión de hecho, es de la exclusiva apreciación del Tribunal sentenciador y por ello el ejercicio de semejante facultad discrecional aplicada a fijar la extensión de aquella responsabilidad, no puede impugnarse en casación, ya que su cuantía no está sujeta a reglas y si al prudente arbitrio del Tribunal *a quo*, único competente para calificar y apreciar las pruebas, ajustando al resultado de ellas el ejercicio de la expresada facultad que le asiste.

RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE ALIMENTO. EL ARTICULO 359 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y LOS ARTÍCULOS 1.802 AL 1.808 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Pamplona en Sentencia de 8 de noviembre de 1993 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Navarra en Sentencia de 9 de marzo de 1994 estima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Base fáctica del presente supuesto.—La sentencia recaída en Primera Instancia condenaba a los demandados a abonar a la actora *una pensión mensual* en concepto *de alimentos* desde la interposición de la demanda hasta su fallecimiento, cuya cuantía se determinaría en ejecución de sentencia. La Sentencia de apelación, revocatoria de la anterior, declaró resuelto el contrato y condenó a los demandados a devolver a la actora los bienes de ella recibidos

y, para el caso de no ser posible la devolución, a satisfacer su valor actualizado a determinar en ejecución de sentencia. En realidad, el contrato de alimentos o manutención plena —a prestar y recibir en régimen de convivencia entre alimentista y alimentantes—, tiene una naturaleza especial y compleja, pues como consecuencia de las fricciones posibles en las relaciones humanas pueden hacer imposible o de difícil cumplimiento lo convenido, frustrando el fin lógico y consustancial a estas convenciones, lo cual *justifica* la posibilidad de apartamiento unilateral sin más consecuencias que las de abonar la contraprestación pactada para tal eventualidad que es precisamente lo acaecido en el caso controvertido y el documento privado suscrito por las partes expresa claramente que en cualquier momento que el alimentista quiera readquirir la finca supuestamente vendida podría hacerlo sin más obligación que la de abonar unos determinados gastos causados hasta el momento de ejercitar dicha facultad.

Doctrina de la Sentencia.—En el presente caso **NO EXISTE** discordancia alguna entre lo pedido y lo concedido, sino una perfecta adecuación entre ambos y sin que se haya producido una alteración de la *causa petendi*, fundamento de la pretensión restitutoria. Así, es indudable el afirmar que el contrato vitalicio concertado tenía un carácter oneroso, constituyendo la causa del mismo para los alimentantes demandados la entrega de los bienes a que se contrae la demanda, entrega realizada no en virtud de otros contratos entre las partes cuya nulidad hubiera sido preciso demandar para obtener la recuperación por la cedente de los bienes cedidos, sino para obtener los alimentos y atención pactados, por lo que la resolución declarada al amparo del artículo 1.124 del Código Civil lleva consigo los efectos restitutorios declarados independientemente de que tal resolución sea o no procedente. Parte la ociosa jurisprudencia de la Sala de afirmar que el requisito de la **CONGRUENCIA** establecido en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exige se resuelvan las cuestiones sometidas a debate, pero no impone que los pronunciamientos del fallo se ajusten literal y de manera rigurosa a las peticiones de las partes. El principio de congruencia exige no alterar las sustanciales pretensiones de las partes, de manera que no se requiere una literal sumisión del fallo a las peticiones de litigantes y sí, únicamente, que el mismo guarde el debido acatamiento al componente jurídico de la acción, así como a las bases fácticas aportadas por los contendientes. En cuanto a la confesión tiene declarado la Sala con reiteración que la confesión es una prueba sometida a la valoración de la instancia ante todo, salvo la hipótesis de que clara, lisa y llanamente, sin necesidad de conectar las respuestas con antecedentes y otras circunstancias, sin necesidad de ninguna interpretación, de forma inequívoca y sin ninguna ambigüedad el confesante realiza una declaración contra sí. En nuestra litis, la Sala *a quo* valora correctamente la prueba de confesión sin que sus conclusiones puedan ser calificadas de ilógicas. Tomando base en una sentencia dictada por el TS de fecha 28 de mayo de 1965, se decía que «al amparo del principio de libertad contractual, las partes pueden pactar que una de ellas se obligue con respecto a la otra a prestarle alimentos con la extensión, amplitud y término que convengan mediante la contraprestación que fijen, dando lugar al denominado "Vitalicio", que no es una modalidad de la renta vitalicia regulada en los artículos 1.802 al 1.808 del Código Civil, sino un contrato autónomo, innominado y atípico, susceptible de las variedades propias de la naturaleza y finalidad del mismo regido por las

cláusulas, pactos y condiciones que se incorporen al mismo en cuanto no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público —art. 1.255— y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones y que además las normas por las que han de regirse son fundamentalmente los pactos, las disposiciones generales de las obligaciones y la de los contratos y, en último lugar, las normas de los contratos análogos. Y respecto a la posibilidad de aplicación a esta clase de contratos del artículo 1.124, se dice que tratándose de un contrato atípico, carente en absoluto de normativa específica, debe tenerse en cuenta, para resolver las cuestiones que plantea, que su naturaleza es de contrato unilateral, pues sólo contiene obligaciones para el demandado de que comprometió a alimentar, no le es aplicable la facultad resolutoria del artículo 1.124, y el incumplimiento no puede dar lugar más que a exigir el cumplimiento, no obstante, y tal como sostienen los recurrentes, la devolución de los bienes entregados podría darse en un contrato como el que nos ocupa.

COMPRAVENTA DE PROGRAMAS INFORMÁTICOS. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO. (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Reus en Sentencia de 9 de octubre de 1993 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 2.^a) en Sentencia de 11 de marzo de 1994 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación prospera.

En supuestos como el presente, de venta de aplicaciones informáticas, hay que distinguir el elemento físico constituido por la configuración material de un sistema de ordenador respecto a todos sus elementos y dispositivos, técnicamente llamado Hardware, que para funcionar necesita recibir instrucciones que contienen lo que son los propios programas, que estructurados en una secuencia determinada, guían y dirigen la actividad del sistema y esto es el Software, que viene a ser el soporte lógico del ordenador y facilita que realice un proceso con las instrucciones que comunica.

La base fáctica probada del pleito *la constituye* fundamentalmente la compraventa verbal que efectúa la recurrente a la demandada «Marjinsa» de programas informáticos para su instalación en cuatro de sus oficinas, dichos programas dejan de aplicarse por resultar insuficientes y por no responder al objetivo para el que habían sido adquiridos, correspondiendo a la vendedora demostrar la aptitud, utilidad y correcto funcionamiento de los programas cedidos por precio, no sólo al inicio de su utilización sino durante su continuidad, lo que no llevó a cabo en forma satisfactoria y convincente, y además la intención contractual de la recurrente, al informatizar sus cuatro oficinas no era otra que la de obtener una mayor y segura efectividad en las prestaciones y servicios para sus clientes, lo que no logró por las deficiencias que afectaban a los programas. Pero ante tal situación de objeto no apto, los juzgadores de instancia no llevaron a cabo una interpretación correcta de la prueba de referencia, pues sientan la conclusión de que los programas eran útiles, lo que sólo deducen del tiempo en que se utilizaron, para lo que dejan de lado que las deficiencias surgieron y se mantuvieron prácticamente desde el principio, y su uso fue de mal funcionamiento, con reparaciones y subsanaciones continuas, nunca definitivas.

Doctrina de la Sentencia.—Al darse una constatada inutilidad eficiente de los programas informáticos adquiridos, la resolución por incumplimiento de los contratos de compraventa resulta de procedencia, por lo que es viable la denunciada infracción a los artículos 1.124 y 1.101 del Código Civil, toda vez que la inhabilidad del objeto del contrato ocasionó la insatisfacción del comprador y frustró el fin de la relación, al no responder las cosas adquiridas a su propia configuración, estructura y destino, y ello permite acudir a la protección de los citados preceptos que autorizan el poner fin al contrato con efectos desde su celebración y obtener la devolución del precio pagado e indemnización de daños y perjuicios.

ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL MANDATARIO POR INCUMPLIMIENTO NEGLIGENTE DEL MANDATO. NO EXISTE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO POR NO HABER SIDO DEMANDADA UNA DE LAS MANDANTES, PUES EL ÚNICO QUE HA DE SERLO ES EL PROPIO MANDATARIO. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Madrid en Sentencia de 23 de junio de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.^a) en Sentencia de 24 de enero de 1994 estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

Presupuestos fácticos.—Las hermanas doña Milagros, doña Lourdes y doña Rosario García Biel, son copropietarias por terceras partes iguales e indivisas de una serie de acciones de la mercantil «Diazbedia, S. A.». Mediante unos poderes notariales las referidas hermanas facultaron a don Vicente Diazbedia Buñuel para que en su nombre y representación procediera a la venta de las antes aludidas acciones, de las que ellas eran copropietarias. El día 5 de noviembre de 1987, con la intervención de Agente de Cambio y Bolsa de Madrid, don Pablo de la Nuez de la Torre y el mandatario don Vicente Diazbedia Buñuel, venden las referidas acciones, y dicho señor Diazbedia Buñuel entrega el precio de la venta a las citadas hermanas, quienes se lo reparten.

Doctrina de la Sentencia.—Para poder decretar la nulidad de un contrato es requisito procesal ineludible la intervención en el proceso de todos los que en dicho contrato fueron partes contratantes. Por otro lado, la doctrina, según la cual cualquiera de los copropietarios puede ejercitar acciones que afecten a la comunidad siempre que lo haga en beneficio de la misma, no puede ser a nuestra litis aplicado, por entender que las tres copropietarias de las vendidas acciones estaban conformes con la validez del litigioso contrato de compraventa.

La esencia de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario radica en la no llamada al proceso, en calidad de demandado, de alguien a quien luego pueda afectar directamente la sentencia recaída en el mismo, y si en un proceso se ejercita una acción de responsabilidad de un mandatario por cumplimiento negligente del mandato, es evidente que el único que ha de ser demandado es el referido mandatario, ya que es el único al que puede afectar directamente la sentencia que recaiga acerca de dicha acción. La sentencia recurrida entendió que la excepción de litisconsorcio pasivo necesario la adujo el demandado

sólo con respecto a lo atinente a la declaración de nulidad del litigioso contrato de compraventa de acciones sociales, y lo entendió acertadamente, ya que en correcta técnica jurídica no resulta posible imaginar que cuando se ejercita una acción de responsabilidad de un mandatario, por negligente cumplimiento del mandato, haya de demandar a alguna otra persona, además del referido mandatario, que es lo que integraría un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, que aquí resulta inconcebible.

Cualquiera de los comuneros puede ejercitar acciones en defensa e interés de la comunidad sin que sea preciso que la totalidad de comuneros participe en dicho ejercicio. En el presente supuesto la declaración prestada hace que se manifieste su conformidad con la actuación del mandatario a la operación de venta de acciones efectuado, con lo que la indemnización a la que se accede no puede extenderse a la misma en modo alguno. Se acusa a la sentencia recurrida de haber incurrido en el vicio de incongruencia, que el recurrente la hace consistir en que la condena que se le impone es al pago de la indemnización de daños y perjuicios a las actoras como consecuencia del negligente cumplimiento del mandato. Y paralelamente a esto decir que, el artículo 1.225 del Código Civil, no impide otorgar la debida relevancia a un documento privado, aunque no haya sido averado, conjugando su contenido con los demás elementos probatorios obrantes. Por otro lado, y en íntima relación con lo acabado de exponer, ha de tenerse en cuenta que las actoras basaron sus acciones en la gran desproporción existente entre el precio en que el mandatario había vendido sus acciones y el gran valor de la finca.

LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 23 de los de Barcelona en Sentencia de 12 de marzo de 1993 desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª) en Sentencia de 9 de marzo de 1994 estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación no ha lugar.

Doctrina de la Sentencia.—Se estima infringido el artículo 1.214 del Código Civil en relación a la doctrina jurisprudencial recaída sobre el *onus probandi*. Así, el concepto de la doctrina de la carga de la prueba es la distribución de las consecuencias de la falta de prueba de uno o varios hechos determinados, pues «el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba». En torno a lo cual, es reiterada doctrina de la Sala... la de que el artículo 1.214 del Código Civil no contiene norma valorativa de prueba, sino que solamente determina a quién incumbe la carga de la misma, por lo que sólo es invocable en casación cuando la Sala de instancia, desconociendo dicha norma distributiva del *onus probandi*, haya hecho recaer las consecuencias de una falta de prueba sobre la parte a la que no incumbía la carga de la misma, de manera tal que además, tal precepto se infringirá cuando a la parte que no debe probar según el mismo, se le imputan las consecuencias de la falta de prueba.

Y por lo atinente al título que da nombre al comentario que ahora nos ocupa decir que, la doctrina del llamado **levantamiento del velo** de la persona jurídica *tiene* como función evitar el abuso de una pura fórmula jurídica

y *desvela* las verdaderas situaciones en orden a la personalidad para evitar ficciones fraudulentas. La *idea básica* es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc. Se proscribe la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado sin que con ello se cometa un fraude de ley o se perjudican derechos de terceros. Y es que la teoría del «**levantamiento del velo**» es una creación con intención de averiguar lo real en una evolución de determinada persona jurídica que pueda implicar una frustración de los derechos de terceras personas, sean físicas o jurídicas, y a través de dicha teoría se pretende evitar una simulación en la constitución de una sociedad, que signifique la elusión en el cumplimiento de un contrato, así como la burla de la Ley como protectora de derechos. En esta dirección es de destacar la emblemática Sentencia de la Sala, de fecha 28 de mayo de 1984, cuando en ella se dice que «se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe, la tesis y práctica de penetrar en el sustratum personal de entidades o sociedades, a las que la Ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar perjudicar intereses públicos o privados, o bien se utiliza como camino del fraude en daño ajeno o de los derechos de los demás o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial de su derecho», admitiéndose el que los jueces puedan «*levantar el velo jurídico*» para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o de los derechos de los demás.

NULIDAD ABSOLUTA: CUANDO LA NULIDAD NO CONTRAVIENE A UN PRECEPTO LEGAL PROTEGE EL INTERÉS DE UN DETERMINADO GRUPO SOCIAL, A LOS PERTENECIENTES A EL SE DEJA EL CUIDADO DE QUE ESA PROTECCIÓN SEA EFECTIVA, PERO EN MODO ALGUNO SE LE IMPONE VELIS NOLIS. (SENTENCIA DE 22 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid en Sentencia de 8 de octubre de 1991 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.^a) en Sentencia de 14 de marzo de 1994 estima en parte el recurso de apelación.

Prospera en parte el recurso de casación.

Base fáctica.—Las partes *fijan* el procedimiento para la continuación del contrato una vez vencido —la tácita reconducción— con carácter potestativo, y también la extinción del mismo por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, estando obligada la que desiste a preavisar con tres meses de anticipación a la terminación del período contractual o de su prórroga, y también a satisfacer todo el precio pactado para cualquiera de esos períodos, es decir, la renta de los tres meses antedichos.

Doctrina de la Sentencia.—La Sala siempre ha admitido *la validez* de los pactos que tienen por objeto la extinción del arrendamiento una vez que el arrendatario ha ingresado en su patrimonio el derecho de prórroga, por lo que es válida y eficaz su voluntad de no continuar el arrendamiento, y los efectos de

tal voluntad son los determinados en la cláusula 14, que dispone lo siguiente: «el plazo fijado en este contrato será de dieciocho meses y podrá prorrogarse después, por tácita reconducción, en nuevos períodos de seis meses, salvo que a la terminación del período inicial o de cualquiera de las prórrogas, alguna de las partes lo dé por cancelado, avisando a la otra de forma fehaciente con tres meses de antelación. La arrendataria se obliga al pago total del precio correspondiente al plazo de arrendamiento inicial o de sus prórrogas, en todo caso». Pero, está claro que, la prórroga del contrato no es la forzosa que ordena imperativamente el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 para el arrendador, éste es el que tiene la posibilidad de darlo por finalizado mediante requerimiento que es el previsto en el artículo 1.566 del Código Civil, que dispone lo siguiente: «Si al terminar el contrato, permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador, se entiende que hay tácita reconducción por el tiempo que establecen los artículos 1.577 y 1.581, a menos que haya precedido requerimiento». De ahí que no sea dudoso que la cláusula transcrita vulnera de alguna manera directa el citado artículo 57. Se evita la aplicación imperativa de las normas que imponen al arrendador la prórroga forzosa del contrato y hacen irrenunciable por el arrendatario aquel «beneficio» en la celebración del contrato, por eso la nulidad de la cláusula puede ser declarada de oficio. Sin embargo, en atención a que la prórroga forzosa dejó de ser desde el Real Decreto-ley 2/85, de 29 de abril, una norma imperativa impuesta en los contratos de arrendamientos urbanos por desaparición de las necesidades económicas y sociales que justificaron su implantación, la declaración de la nulidad de la cláusula discutida no es proporcionada ni al espíritu y finalidad del artículo 57 de la LAU de 1964, ni a la realidad social del tiempo en que se declara. Expuesto esto, hemos de añadir que no es acorde estimar nula la cláusula en defensa de un inexistente interés legítimo en el mantenimiento del contrato, pues el arrendatario no alega el precepto legal infringido para ello ni para nada, sólo que puede desistir de él unilateralmente. Si el pleito hubiera tenido como objeto determinar si el contrato tenía que ser prorrogado obligatoriamente para el arrendador, es indudable que las normas protectoras del arrendatario habían volatilizado hacia su plenitud jurídica, pero, sin embargo, al arrendatario no le interesa para nada esta protección, cuando ha desistido del contrato con abandono de lo arrendado y sólo se discute la indemnización que por ello ha de pagar, parece fuera de lugar declarar la nulidad de la cláusula porque no respeta la prórroga forzosa, y además, declararla por entero, siendo así que hay partes de ella no afectadas por la nulidad (como las referentes a desistimiento unilateral admitido por el artículo 56). Así, cuando la nulidad *protege* el interés de un determinado grupo social, a los pertenecientes a él se deja el cuidado de que esa protección sea efectiva, pero en modo alguno se le impone *velis nolis*.

ACCIÓN RESCISORIA POR DONACIÓN EN FRAUDE DE ACREEDORES. SU CARÁCTER SUBSIDIARIO. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Bilbao en Sentencia de 26 de mayo de 1993 desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Bilbao (Sección 5.ª) en Sentencia de 18 de febrero de 1994 estima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Base fáctica.—Ejercicio de la llamada *acción revocatoria o pauliana* en solicitud de que se declare la rescisión de la donación realizada, así como de la opción de compra otorgada por los donatarios a «Grupo VH S.LK», entiendo ésta que fue demandada, fundando dicha petición en la existencia de un crédito en favor del actor contra los demandados donantes.

Doctrina de la Sentencia.—El requisito para el ejercicio de la acción **consiste** en que en virtud de acto fraudulento no queden bienes para que el acreedor cobre lo que se le debe, ha sido matizado por la jurisprudencia en el sentido de que: no es preciso que se declare la insolvencia en procedimiento previo, que, aunque puedan existir otros bienes, basta que no se conozcan otros que los objeto del contrato, que tampoco es necesario obtener la declaración previa de que el perjudicado carece de todo otro recurso legal, antes de ejercitar la acción rescisoria y que todo ello es cuestión de hecho sujeto a la libre apreciación del tribunal de instancia. En una Sentencia de fecha 31 de diciembre de 1986, al resolver un motivo en el que se aducía infracción del artículo 1.111 del Código Civil por no haberse acreditado por los actores «el haber llevado hasta sus últimas consecuencias los embargos trabados sobre otros bienes, tanto de la sociedad suspensa como de la propiedad de los avalistas», los recurrentes interpretan la exigida persecución de los bienes en un sentido exagerado al pretender que el acreedor siguiese los procedimientos hasta su final procesal, aún sabiendo que nada útil conseguiría, debiéndose destacar tal interpretación formalista por no ser ese el significado del precepto, sino el de que el deudor se hubiera quedado insolvente para el pago de sus deudas, pudiendo probarse tal insolvencia con la demostración de que el mismo no tiene ya bienes con los que pagar o que los que están en su poder se encuentren gravados o estén afectos a cargas que disminuyen su valor en relación con lo debido, pero en modo alguno se puede requerir del acreedor el ejercicio previo a la acción rescisoria de otras.

Además, se acusa infracción del artículo 1.294 del Código Civil, en el sentido de que, teniendo la acción rescisoria por objeto la reparación del perjuicio causado, ha de entenderse que no procede el exceso de su entidad o cuantía, pues... «ni en los artículos 1.291 y 1.295 del Código Civil, ni en ninguno otro, se prohíbe que la rescisión de los contratos fraudulentos sea parcial o sea en cuanto baste a reparar el perjuicio causado al acreedor que entabla o recaba la rescisión, por el contrario, tratándose de actos válidos, sólo deberán dejarse sin efecto en la parte necesaria y también añade que los artículos 78 y 80 de la Ley Hipotecaria contemplan la posibilidad de cancelación parcial o total de las inscripciones o anotaciones preventivas de los asientos registrales.

PRECONTRATO: OBLIGA A LAS PARTES A CELEBRAR UN POSTERIOR CONTRATO DEFINITIVO. (SENTENCIA DE 24 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 20 de los de Madrid en Sentencia de 5 de febrero de 1992 no ha lugar a la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11.ª) en Sentencia de 6 de abril de 1993 estima en parte el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Objeto de la litis.—Con fecha 23 de mayo de 1980, las entidades mercantiles «Ivarte, S. A.» y «Servifilms, S. L.», redactan y suscriben un documento privado en el que se expone lo siguiente: «Ivarte, S. A.», es propietaria de un local. Don José Luis Madrid de la Viña, representante de la citada "Servifilms, S. L.", está interesado en asociarse con "Ivarte, S. A.", con el fin de instalar en dicho local, cuatro Salas de exhibición cinematográfica de las denominadas "minicines", y ello con arreglo a lo que los Organismos Oficiales pertinentes dictaminen».

Doctrina de la Sentencia.—Nos encontramos ante un acuerdo *de núcleo obligacional complejo* al estar estructurado su contenido no con una técnica de reciprocidad simultánea sino de tracto sucesivo. A su través *se pacta* una condición de la obligación de aportación del local, de modo suspensivo, no da cuenta de su naturaleza al no existir una correspondencia entre la obligación de Ivarte y la liberación del local de inquilinos, sino que este último hecho se sitúa frente al núcleo contractual entero. Es el «convenio» el objeto directo del hecho suspensivo —o sea, el propio contrato— y no una obligación concreta. Y condicionar un contrato no equivale a condicionar una obligación individual, pues el vínculo contractual se diferencia de la mera suma de sus obligaciones, en cuanto como complejo, integra una organización prestacional. El contrato *es un título constitutivo* y por lo tanto *una estructura normativa de las obligaciones* que origina, en cuanto se sitúa como elemento apriorístico y por lo tanto diferenciable de cada uno de sus productos. Y es este carácter de fuente obligacional o título constitutivo el elemento vacío del conjunto obligacional, que impide compartir la correspondencia entre condición y obligación que efectúa el demandante. En nuestra litis *el contrato condiciona*, no nace la reclamación jurídica, en cuanto su norma constitutiva no ha entrado en vigor. Por eso, porque no hay una obligación condicionada, la descripción de los hechos constitutivos se deja imprecisa. No hay plazo de cumplimiento, ni es posible fijarlo en cuanto los inquilinos tienen un derecho de prórroga ilimitada y ello pese a que el propio tenor de ciertas obligaciones es incompatible con una duración indefinida. Nos encontramos pues, ante un pacto litigioso que tiene el carácter de un proyecto contractual en el que se distinguen tres fases: 1) una fase previa; 2) una fase precontractual, y 3) una fase posterior propiamente contractual. Es doctrina de la Sala, la de que la calificación o interpretación de los contratos es, en principio, función propia de los juzgadores de instancia, siendo el resultado exegético por ellos obtenido sometido a revisión casacional cuando el mismo sea ilógico, absurdo o irracional. Y es que las partes contratantes celebraron un contrato definitivo, por virtud del cual se asociaron y/o constituyeron entre ellos una sociedad irregular, susceptible de ser transformada posteriormente, con carácter opcional, en sociedad anónima, lo que sucede es que también pactaron una condición suspensiva, en concreto en la cláusula 7.^a que, literalmente es como sigue: «El local objeto de este contrato se aporta por "Ivarte, S. A.", haya conseguido dejar libre de inquilinos el local que nos ocupa», mediante ella las partes supeditaron la eficacia del contrato y su validez fue innegable, y su cumplimiento no dependía de la exclusiva voluntad de la arrendadora «Ivarte, S. A.» (art. 1.115 del Código Civil), pues al hallarse el arrendamiento ya vigente en la fecha de celebración del contrato litigioso y ser, anterior al Real Decreto-ley 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, los arren-

damientos tenían un innegable derecho a la prórroga forzosa de su respectivo arrendamiento (art. 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de diciembre de 1964, que era aplicable). Tal condición suspensiva es de carácter positivo, si bien hemos de caer en la cuenta de que las partes no pactaron plazo alguno para el cumplimiento de la misma, y a pesar de la laguna legal que se ciñe en este supuesto para la fijación de plazo, la más constante y uniforme doctrina de la Sala considera que debe tenerse por cumplida si transcurre el tiempo que verosímilmente se hubiese querido señalar, atendida la naturaleza de la obligación, sin que se produzca el acontecimiento futuro e incierto de que aquella se hizo depender. En este orden de cosas, teniendo en cuenta que el contrato litigioso fue celebrado el 23 de mayo de 1980 y que seis años más tarde aún continuaba ocupado el local por los arrendatarios y que en esa situación arrendaticia, «Ivarte, S. A.», le vendió a un tercero, se ha de considerar que el plazo de seis años es muy superior al que verosímilmente hubiesen querido las partes señalar para el cumplimiento de la pactada condición suspensiva y, en consecuencia, ha de tenerse por no cumplida la repetida condición suspensiva positiva y, por ende, sin eficacia alguna el contrato litigioso, por lo que «Ivarte, S. A.» no incumplió al vender cuando todavía había ocupación por los arrendatarios.

EFECTO NOVATORIO DE LA TRANSACCIÓN. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Barcelona en Sentencia de 25 de mayo de 1993 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16.^a) en Sentencia de 24 de marzo de 1994 desestima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Objeto de la litis.—La entidad «MASTER DESIGN, S. A.», demanda a la Compañía «PLAFRI, S. A.», en reclamación de cantidad, la cual mantiene le era debida a causa de una anterior relación jurídica entre ambas, a lo que la litigante pasiva se opone con la alegación de la existencia **de una compensación** derivada de aquella **vinculación**.

Doctrina de la Sentencia.—La recurrente parte del hecho de que **la transacción exige la evitación de un pleito o la terminación de uno comenzado**, ya que el debate debe existir, pues si ya está zanjado, aquello carece de valor, de manera que, en este caso, por haber sentencia firme, la controversia no era transaccionable. El pacto transaccional se produce con anterioridad a la firmeza de la sentencia cuya ejecución se pretendía, pues esa singular nota de la decisión deriva precisamente del cumplimiento del convenio transaccional. La transacción borra el pasado y es fuente de una relación jurídica nueva y, desde esta óptica, la Sala tiene reiteradamente declarado que toda transacción provoca el nacimiento de nuevos vínculos u obligaciones, en sustitución de los extinguidos, o la modificación de éstos, de suerte que, sea judicial o extrajudicial, tiene carácter novatorio y produce el efecto de la sustitución de una relación jurídica puesta en litigio por otra cierta incontrovertida.

CONTRATO DE LEASING O ARRENDAMIENTO FINANCIERO. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 24 de los de Barcelona en Sentencia de 3 de septiembre de 1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.^a) en Sentencia de 10 de marzo de 1994 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

La fundamentación de la presente litis estriba en torno a la calificación del contrato litigioso que la parte recurrente entiende ha de ser de venta de bienes muebles a plazo y no la de arrendamiento financiero o leasing.

Doctrina de la Sentencia.—Comienza nuestro supuesto su análisis haciendo una mención especial al concepto o consideración de las operaciones de arrendamiento financiero recogido en el apartado 1 de la Disposición Adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y las define como aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles, adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, etc. Mantiene a este respecto la Sala que sin que la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, consistente en proclamar que al coincidir el precio de la opción de compra en su valor residual de una mensualidad de amortización sea un contrato de venta a plazos, y que ello pueda desvirtuar todo el contenido de los anteriores datos, puesto que no hay base legal ni lógica que establezca un parámetro para indicar la proporción que deba tener la opción de compra respecto al valor monetario del bien objeto del contrato de arrendamiento financiero también conocido con el nombre de leasing, no existiendo otros elementos que permitan afirmar el carácter simulado del contrato en cuestión y la existencia de una disimulada compraventa a plazos, no resulta suficiente para llegar a esa conclusión la cuantía del precio de la opción.

RECHAZO AL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Gijón en Sentencia de 13 de noviembre de 1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 4.^a) en Sentencia de 9 de febrero de 1994 estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no triunfa.

Doctrina de la Sentencia.—El *iura novit curia*, que es contrario al *da mihi factum daba tibi ius*, es **el principio en virtud del cual se admite a los jueces aplicar normas jurídicas sustantivas no invocadas para decidir la cuestión de fondo** y requiere como presupuestos inexcusables que no se altere la causa de pedir y que no produzca la aplicación del derecho no invocado indefensión a las partes. Paralelamente, se comenta la existencia de dos

corrientes doctrinales opuestas: una, permisiva de la división de locales por autorizarlo el Estatuto, y otra, de signo contrario; y es que la doctrina contenida en Resoluciones de la Dirección General de los Registros de 31 de agosto de 1981, de 26 de febrero de 1988 y sentencias del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1968, de 5 de mayo de 1986, de 27 de septiembre de 1991 y de 13 de octubre de 1981, entre otras, admiten que en la escritura de división horizontal se autorice a los propietarios la división o agrupación de los distintos locales y el derecho a levantar nuevas plantas, sin que las obras precisen autorización. Se recuerda el tenor del Estatuto en el que se autoriza la división y la comunicación de locales colindantes, así como construir chimeneas y tubos de ventilación, y que el contenido estatutario interpretado y teniendo en cuenta actos coetáneos y posteriores, le lleva a analizar las vicisitudes de las obras que no son creación caprichosa, arbitraria o especulativa, sino acomodadas a las necesidades de una demanda de plazas de garaje. Pero, en realidad, para la división de locales y construcción de plantas se exige, por parte de los artículos 8 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, la aprobación de la Junta de Propietarios, y tal exigencia no puede ser sustituida por la de demoler las obras realizadas. Y es que para litigar sobre las obras se requiere un acuerdo unánime de la Junta exigiendo su demolición. La verdad es que quien, contra Ley y contra Estatutos, lleva a cabo alteraciones de elementos comunes, como las declaradas en nuestro caso, puede ser condenado en juicio como el presente, a instancia de la Comunidad, **a restituir las cosas a su anterior estado sin que por ello sea calificable de ejercicio antisocial del derecho.**

SEGURO DE VIDA. INDEMNIZACIÓN DEL 20 POR 100 POR DEMORA EN EL PAGO DEL CAPITAL ASEGURADO. (SENTENCIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Ubeda en Sentencia de 30 de noviembre de 1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Jaén en Sentencia de 18 de mayo de 1994 estima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—El asegurado fallecido había contratado dos seguros independientes referentes al ramo de vida y que resultaron plasmados en dos pólizas individualizadas, y habiendo la entidad aseguradora «Hércules Hispano, S. A.», satisfecho el capital correspondiente a la primera, no atendió la segunda, que es la que debatió el pleito.

Doctrina de la Sentencia.—La tesis casacional se apoya en que el asegurado había suscrito un boletín de adhesión que entregó a la entidad bancaria que tramitaba el seguro colectivo para sus clientes, el que una vez gestionado se individualizaba en pólizas correspondientes para las personas que habían prestado su conformidad. La aseguradora recibió una segunda solicitud por fotocopia, que sostiene era duplicado, al habérsela remitido por dos veces, una el original y otra la copia, lo que determinó que, por consecuencia del proceso de mecanización de los datos, emitiera dos certificados de seguro que entregó al cliente mediante carta mailing, así como órdenes al Banco para que, en conformidad a la reglamentación de las pólizas, cargara en su cuenta

el importe de las primas a satisfacer. Así, llegamos a la conclusión de que la conducta contractual de la entidad aseguradora «Hércules Hispano, S. A.», tiene dos aspectos: uno positivo y otro negativo. El primero porque por intereses propios mantuvo los dos seguros que subsistirían en el tiempo, en tanto no se extinguieren, lo que no hubiese sucedido de no acontecer la tragedia del fallecimiento del asegurado y ello porque la aseguradora tenía pleno conocimiento de la existencia y eficacia de las dos pólizas, pues emitió recibos de cobro distintos para sus cargos bancarios y percibió las primas correspondientes, y el otro, pues desde la perspectiva de la negligencia e irresponsabilidad profesional en que incurrió, en ningún momento rehusó los referidos boletines, lo que impide la alegación por ella misma de su error, ya que, no sólo lo creó sino que lo sostuvo y consintió. En realidad, nos queda claro que a quien incumbía llevar a cabo las comprobaciones y cercioramientos necesarios que propiciaban su expedición, perfeccionamiento del contrato y aportación eficaz al tráfico jurídico era a la aseguradora y no lo hizo.

LOS ARTÍCULOS 359 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, 1.103 DEL CÓDIGO CIVIL Y 20 DE LA LEY 50/1980, DE 8 DE OCTUBRE, DEL CONTRATO DE SEGURO. INDEMNIZACIÓN POR LESIONES CAUSADAS EN CASO DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL, CONCEDIDA AL MENOR PERJUDICADO CON EL RECARGO DEL 20 POR 100 DEL ARTÍCULO 20 DE LA CITADA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO. (SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Móstoles en Sentencia de 31 de octubre de 1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.^a) en Sentencia de 16 de febrero de 1994 estima parcialmente también el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Los hijos del demandante y del demandado jugaban sin resultar vigilados, ya que sus respectivos padres se encontraban en la barra de un bar cuando ocurrió el accidente en el exterior del mismo, con motivo de manejar un juguete similar al tirador o tirachinas, denominado usualmente «tira huevos», que alcanzó con una piedra el ojo izquierdo del otro niño, causándole lesiones, para cuya cura tuvo un período total de 764 días, correspondiendo 60 a una situación de incapacidad absoluta, y los restantes 704 a una incapacidad parcial, pero quedándole como secuelas: afaquia del ojo izquierdo, estrabismo de ángulo variable, pupila fija cuyas repercusiones funcionales son una agudeza visual reducida a la mitad en el ojo lesionado, ausencia de acomodación para visión próxima y carencia de visión binocular. Es evidente que el accidente se produjo por «culpa *in vigilando*» de los padres, por lo que se debe tener en cuenta esa circunstancia, y la indemnización a establecer se debe graduar en relación a la desatención producida, por lo que el patrimonio del menor lesionado ha de ser indemnizado, haciendo recaer la sentencia sobre toda la responsabilidad en el padre de uno en beneficio del padre del otro.

Doctrina de la Sentencia.—El principio de la congruencia en las resoluciones judiciales que proclama el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil responde a la necesidad de que lo que en ellas quede resuelto, esté en concor-

dancia con lo solicitado por los litigantes, lo cual, no impone una acomodación absoluta sino una racional adecuación del fallo a los pedimentos instados por aquéllos, como así ha sido establecido de manera reiterada en la doctrina jurisprudencial de la Sala, y es indudable que una de las consecuencias del mencionado principio es la concerniente a la imposibilidad de conceder más de lo pedido, distinto a lo pedido o dejar sin decidir alguna petición, siendo en dicha manifestación en la que se apoya.

La doctrina jurisprudencial no hace sino reconocer la posibilidad de moderar la responsabilidad dimanada de actuaciones negligentes o culposas para aquellos supuestos de concurrencia de comportamientos carentes de la debida diligencia, es decir, reconocer, en definitiva, **el principio compensatorio previsto en el artículo 1.103 del Código Civil**, pero no cabe olvidar que, a tenor de la reiterada doctrina declarada por la Sala, que la facultad moderadora es de discrecional aplicación por los Juzgados y Tribunales y su uso depende de las circunstancias de cada caso particular, lo que supone que el empleo que se haga de la expresada facultad no es revisable en casación, decir que en la sentencia dictada se tuvo en cuenta el principio de compensación de culpas en sentido proporcional al entender que el padre del menor que portaba un juguete susceptible de crear una situación de riesgo habría de responder en mayor medida que el del menor lesionado, lo cual vino a comportar una efectiva aplicación del artículo 1.103 del Código Civil.

Paralelamente a lo antedicho, mantiene la Sala que el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, establece la sanción del 20 por 100 de interés desde la fecha del siniestro, cuando no se haya indemnizado el importe del daño por causa no justificada o que le fuere imputable, manifestándose en la sentencia recurrida que infringe dicho artículo porque no se han efectuado requerimientos al perjudicado para lograr un acuerdo transaccional, siendo unánime la jurisprudencia en el sentido de no bastar el simple transcurso de los tres meses para que surja la obligación del referido pago, ya que tal «multa penitencial» sólo podría exigirse cuando el impago obedezca a causa no justificada o que le fuere imputable al asegurador. Y es que atendiendo a la propia redacción del precepto, los presupuestos que determinan su aplicación son la inexistencia de causa justificada o imputable al asegurador en orden a la reparación o indemnización del daño producido, y, en razón a su índole fáctica, la apreciación de su concurrencia entra de lleno en las facultades valorativas que corresponden a los Juzgados y Tribunales, por ello, no es posible examinar las circunstancias que pudieran desvirtuar semejante apreciación, especialmente cuando el error en la apreciación de la prueba quedó suprimido por la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril. En realidad, la meritada Sala no interpretó erróneamente el artículo 20 aludido, cuyo precepto, atendida su redacción es de aplicación general y el daño producido se encontraba comprendido en la cobertura del seguro concertado.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DIRECTA DEL TERCERO. EX ARTICULO 76 DE LA LEY DE SEGURO PRIVADO POR TRANSCURSO DE UN AÑO AL NO APLICARSE EL PLAZO DE LOS DOS AÑOS DEL ARTICULO 23. (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de Badajoz en Sentencia de 29 de septiembre de 1993 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de

Badajoz (Sección 2.^a) en Sentencia de 18 de marzo de 1994 estima el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Base fáctica.—Se promueve juicio de menor cuantía a instancia de la «Compañía Explotadora de Propiedades Inmobiliarias, S. A.» (CEPISA), contra «Truman Plast, S. A.», y «La Unión y el Fénix Español, S. A.», sobre reclamación de cantidad.

Doctrina de la Sentencia.—En virtud a que la reclamación que se plantea es entre el dueño de la nave y la aseguradora de la misma cuyo contrato de seguro lo hizo con el actual subarrendatario, también codemandado, está claro que no existe una relación contractual directa entre ambas partes, ya que la acción ejercitada se apoya en lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley de Seguro Privado, esto es, **la llamada acción directa, que puede todo perjudicado establecer con respecto al asegurador.** Y tras admitirse esa posibilidad por la Ley del Contrato del Seguro, ninguna otra de las normas salvo expresa aplicación, pueden incluirse proyectables en la figura de ese perjudicado tercero, sobre todo, cuando las mismas están hasta *nominatum* referidas a las relaciones del asegurado y el asegurador y el plazo de prescripción del artículo 23 de la citada Ley, en caso alguno puede aplicarse a la reclamación postulada, ya que no se trata lo ejercitado de una acción del asegurado contra el asegurador, **sino del perjudicado contra el seguro,** y entonces como la reclamación se plantea por los cauces de la responsabilidad extracontractual, ex artículos 1.902 y siguientes, es evidente que se ha producido la prescripción. Y es que la posterior incorporación del supuesto de hecho determinante de la sanción contenida en el artículo 76 de la Ley de Seguro Privado, al conceder al perjudicado o tercero ésta denominada acción directa frente a la aseguradora, posibilita el pronto resarcimiento, en su caso, de sus perjuicios, a ello además coadyuva el deber del asegurado de informar o manifestar la de la existencia del seguro y es que por ser privilegiada la acción no venía el tercero a asumir con todos sus efectos o alcance, la posición del asegurado en el tratamiento de esa normativa especial, sino que se repite su referencia o presencia a manera de subrogado habría de circunscribirse a los términos de aquella norma, sin por ello, ser posible cualquier otra extensión o asimilación en el régimen o prescripciones que esta legislación del seguro privado contempla o proyecta exclusivamente en la relación *inter partes* asegurado-aseguradora. Ejercitándose pues, una pretensión indemnizadora en base a lo dispuesto en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, sería de aplicación el plazo preceptivo previsto en el artículo 1.968 del mismo cuerpo legal, plazo que debe operar en cuanto a su cómputo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.969, desde el día en que pudo ejercitarse la acción.

LA CESIÓN DEL CONTRATO COMO FIGURA ATÍPICA CREADA POR LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA CIENTÍFICA. (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de San Sebastián en Sentencia de 29 de abril de 1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de San

Sebastián (Sección 2.^a) en Sentencia de 4 de octubre de 1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

El recurso de casación triunfa.

Hechos.—En la presente litis surge inevitablemente **la cesión de un contrato**, figura permitida y regulada en el artículo 9 de la Ley del Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, en la que aparece como cesionaria la parte ahora recurrida de una póliza de seguro suscrita al principio por el cedente que no tiene nada que ver con la contienda judicial que ahora se debate, con la entidad ahora recurrente y que dio su consentimiento posterior. Pues bien, al existir tal cesión, las cláusulas contractuales de tal póliza asegurativa estarían vigentes en toda su plenitud a pesar del cambio de partes contratantes habido y, consecuentemente, al haber quedado en ellas expresamente excluidas de su contenido las obras de reforma, de las que emana la pretensión de la parte actora, ahora recurrida, y en base a la teoría unitaria de la figura de la cesión del contrato, dicha exclusión seguirá vigente después de realizada la misma.

Doctrina de la Sentencia.—La **cesión del contrato** es una figura jurídica admitida plenamente en el derecho comparado de los países de nuestro entorno cultural y que no aparece regulado en nuestro derecho normativo, salvo en la Ley 513 de la Compilación de Navarra que la establece de una manera clara y concreta, y que desde luego, ha de tener un enorme valor interpretativo para la aplicación de tal figura en el derecho común. Dicha cesión del contrato, creación jurisprudencial y doctrinal, ante la ausencia de normas concretas y directas que la regulen tiene su base en el artículo 1.255 del **Código Civil** que proclama el principio de la libertad contractual que, a su vez, permite la modificación por la sola voluntad de las partes de la regulación normativa de todo tipo de contrato, y que no tendrá más límite que el que pueda efectuarse a través del parámetro ético con que se califique su causa.

CONTRATO DE SUMINISTRO. DIFERENCIA DEL AVITUALLAMIENTO DE BUQUES. (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Las Palmas de Gran Canaria en Sentencia de 19 de julio de 1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 5.^a) en Sentencia de 16 de marzo de 1994 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—En nuestro caso el «**suministro**» no es facilitado para un viaje, sino que se repite varias veces (cinco, en concreto) en fechas que van desde el 27 de abril de 1990 al 11 de enero de 1991, y en distintos puertos, lo que convierte así las cargas de combustibles **en operaciones de venta a crédito**, sin fijar plazo de pago y susceptibles de ser calificadas **de contrato de suministro con entregas sucesivas**, que no cabe entenderlas comprendidas en el artículo 952 del Código de Comercio. Sentado esto, la vía adecuada es la aplicación a las operaciones de la presente litis, suministros a crédito, la ley civil y con ella dar eficacia a las interrupciones del lapso de prescripción por reclamaciones extrajudiciales —art. 1.973 del Código Civil— y el plazo general de las acciones derivadas del reconocimiento de deuda.

Doctrina de la Sentencia.—El único problema que se plantea es si la acción de reclamación del precio del combustible suministrado había o no prescrito cuando se ejercitó. Como ya la Sala tiene declarado en otras sentencias, el suministro de combustible para hacerse un buque a la mar está incluido en los conceptos de proporcionar pertrechos y avituallamiento de las naves, y es en principio incluíble en el artículo 952 del Código de Comercio, pero lo que no dice la Sala es que toda operación de suministro se integre dentro del citado precepto. En nuestra litis es cierto que, siendo comerciantes, ambas partes han de regir sus actos por el Código de Comercio, pero el artículo 2 de éste establece que los no especificados en el Código se regirán a falta de usos del comercio por las reglas del derecho común, criterio este que reitera el artículo 943 para las acciones que no tengan plazo determinado en el Código de Comercio.

EL EFECTO DE LA NULIDAD ABSOLUTA PARA LOS CONTRATOS SIMULADOS CON SIMULACIÓN ABSOLUTA. DOCTRINAS CIENTÍFICA Y JURISPRUDENCIAL. (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Talavera de la Reina en Sentencia de 28 de octubre de 1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Toledo (Sección 2.^a) en Sentencia de 13 de mayo de 1994 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Se interesa la nulidad de unas escrituras públicas de compraventa y donación donde participaron los litigantes como vendedores y como donantes por tratarse **de negocios jurídicos simulados y de exclusiva finalidad ilícita**, en la que las partes pretenden crear una apariencia negocial encubridora de una situación real de verdadera simulación absoluta, puesto que se finge vender y donar para no aparecer como dueño, de manera que los negocios realizados se fundan en una causa falsa que provoca la nulidad de los contratos celebrados.

Doctrina de la Sentencia.—En realidad, las doctrinas científica y jurisprudencial expresan que las reglas generales relativas al contrato simulado se encuentran en el artículo 1.276 del Código Civil al tratar de la causa falsa. **La ciencia jurídica** afirma mayoritariamente que la figura de la **simulación** está basada en la presencia de una causa falsa y que la simulación absoluta se produce cuando se crea la apariencia de un contrato, pero, en verdad, no se desea que nazca y tenga vida jurídica; sostiene, también, que el contrato con simulación absoluta esté afectado de nulidad total, tanto por la tajante declaración del artículo 1.276, como por lo que disponen los artículos 1.275 y 1.261.3, relación con el 6.3, todos del Código Civil. Y **la doctrina jurisprudencial** ha declarado lo siguiente:

- Que es facultad peculiar del juzgador de instancia la estimación de los elementos de hecho sobre los que ha de basarse la declaración de existencia de la causa o de su falsedad o ilicitud (SSTS de 20 de octubre de 1966, 11 de mayo de 1970 y 11 de octubre de 1985, entre otras).

- Que la simulación es una cuestión de hecho sometida a la libre apreciación del juzgador de instancia (SSTS de 3 de junio de 1953, 23 de junio de 1962, 20 de enero de 1966, 3 de junio de 1968, 17 de noviembre de 1983, 14 de febrero de 1985, 5 de marzo de 1987, 16 de septiembre y 1 de julio de 1988, 12 de diciembre de 1991, 29 de julio de 1993 y 19 de junio de 1997).
- Que la simulación se revela por pruebas indiciarias que llevan al juzgador a la apreciación de su realidad (SSTS de 24 de abril de 1984 y 13 de octubre de 1987).
- Que la *simulatio nuda* es una mera apariencia engañosa (*substantiavero nullam*) carente de causa y urdida con determinada finalidad ajena al negocio que se finge (STS de 19 de julio de 1984).
- Que el contrato simulado se produce cuando no existe la causa que nominalmente se expresa, por responder a otra finalidad jurídica (STS de 1 de julio de 1988).
- Que la simulación implica un vicio en la causa negocial (STS de 18 de julio de 1989).
- Que en ningún sitio consta que no se puede declarar si no se prueba una finalidad defraudatoria (STS de 15 de marzo de 1995).
- Que el negocio con falta de causa es inexistente (STS de 23 de mayo de 1980).
- Que la falsedad de la causa equivale a su no existencia y produce también la nulidad del negocio en tanto no se pruebe la existencia de otra verdadera y lícita (STS de 21 de marzo de 1956).
- Que una de las formas utilizadas en la simulación absoluta es la disminución ficticia del patrimonio, con la sustracción de bienes a la inminente ejecución de los acreedores, pero conservando el falso enajenante el dominio (SSTS de 21 de abril y 4 de noviembre de 1964 y 2 de julio de 1982).
- Que la simulación absoluta da lugar a un negocio jurídico que carece de causa y éste es el caso de la compraventa en que no ha habido precio (SSTS de 24 de febrero y 16 de abril de 1986, 5 de marzo y 4 de mayo de 1987, 29 de septiembre de 1988, 29 de septiembre de 1989, 1 de octubre de 1990, 1 de octubre de 1991, 24 de octubre de 1992, 7 de febrero de 1994, 24 de mayo de 1995 y 26 de marzo de 1997).
- Hay inexistencia de contrato de compraventa por falta de causa al ser simulado el precio, con la finalidad de sustraer un bien patrimonial a la perseguibilidad de los acreedores de los vendedores (STS de 29 de septiembre de 1988).

CONSTRUCCIÓN. RECLAMACIÓN DEL PRECIO Y DEDUCCIÓN POR DEFECTOS EN LA OBRA. (SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Estepona en Sentencia de 6 de octubre de 1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª) en Sentencia de 23 de mayo de 1994 estima en parte el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Objeto de la litis.—Concurrencia de defectos constructivos en la obra contratada imputables en parte a una ejecución imperfecta y en parte no.

Doctrina de la Sentencia.—A la vista de lo expuesto y en base a la compensación a la que tiene derecho la parte recurrente, le asiste la facultad a la misma *de retener* parte de la suma reclamante por lo que procede a la rebaja del precio total que el actor del pleito solicita le sea reconocido y satisfecho el importe del 5 por 100 como retención de las certificaciones pendientes de abono y que las partes habían convenido en tanto no fuesen reparados los defectos. Así, el precepto en el que se basa la impugnación se refiere a la situación **DE MORA** en las obligaciones recíprocas y aparece recogido en el párrafo último del artículo 1.100 del Código Civil. Tal disposición opera respecto del deudor cuando éste incurre en retraso contrario a derecho de la prestación que le incumbe por causas a él imputables, dejando de tener efectividad en los supuestos en lo que la contraparte no ha cumplido con las obligaciones asumidas contractualmente, y de esta manera la mora del deudor se extingue por concurrir mora en el acreedor —**compensación de la mora**—. Es doctrina de la Sala la que mantiene que para que proceda el estimar la morosidad de las obligaciones consistentes en pago de cantidad es necesario plantear judicialmente la determinación de su importe y tratándose de obras defectuosas el derecho del propietario se concreta en vía reparatoria a solicitar la realización de las operaciones constructivas correctoras necesarias o bien mediante la reducción del precio.

I. M. G.

2. DERECHO MERCANTIL

Por RAMÓN SÁNCHEZ DE FRUTOS

I. REGISTRO MERCANTIL

LOS ARTÍCULOS 20.1 DEL CÓDIGO DE COMERCIO Y 7 DEL REGLAMENTO DEL REGISTRO MERCANTIL ÚNICAMENTE AMPARAN EL HECHO ESTRINGIDO INSCRITO EN EL MISMO. (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1998.)

En la inscripción efectuada en el Registro Mercantil consta que en la nueva Sociedad no aparecen, para nada, partidas, conceptos o estado de cuentas en los activos y pasivos de la referida sociedad que pudieran indicar, ni siquiera colateralmente, que el montante de la deuda de los demandantes se encontraba incluido en dichos conceptos, de conformidad con la doctrina jurisprudencial contenida en la Resolución de la Dirección General de los Registros del 24 de diciembre de 1948 y Sentencia de esta Sala de 6 de abril de 1984.

II. SOCIEDADES

General

POSIBILIDAD DE LEVANTAR EL VELO DE LA PERSONALIDAD. (SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 1997.)