

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

Por ELENA MÚGICA ALCORTA

HIPOTECA: NULIDAD EX ARTICULO 878, PÁRRAFO 2.º DEL CÓDIGO DE COMERCIO. APLICABILIDAD DE LA LEGISLACIÓN REGULADORA DEL MERCADO HIPOTECARIO. (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1997.)

Hechos.—Acción de nulidad de una hipoteca constituida por el quebrado durante el período de retroacción de la quiebra.

Doctrina de la sentencia.—La multiplicidad de actos y contratos realizados por el quebrado que pueden quedar afectados por la declaración de nulidad que previene el artículo 878, párrafo 2.º del Código de Comercio, hace necesario y conveniente que las oportunas acciones de nulidad deban ventilarse en el juicio declarativo que corresponda, sobre todo cuando los procesos de tal naturaleza permiten dilucidar las cuestiones de la más variada índole, a no ser que las ejercitadas para reintegrar a la masa el numerario y los bienes pertinentes tengan establecido un trámite procedimental específico, como así ocurre, por ejemplo, con los supuestos reseñados en los artículos 1.371 y 1.375 LEC, para los cuales se establecen, de modo respectivo, el incidental y el del interdicto de recobrar. Por otro lado, la idea de reservar al proceso concursal las cuestiones específicamente propias del mismo se aprecia en preceptos de distinta clase, así, en el artículo 166 LEC y en el artículo 132 LH, al disponerse en ellos que no procederá la acumulación de los juicios ejecutivos entre sí, ni a un juicio universal, cuando sólo se persigan los bienes hipotecados, y que el procedimiento judicial sumario no se suspenderá por la declaración de quiebra o concurso, ventilándose todas las demás reclamaciones diferentes a las de los casos que relaciona en el juicio declarativo que corresponda.

La aplicabilidad del artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, se encuentra condicionada a la finalidad de las operaciones de préstamo a que la misma se refiere y que aparecen relacionadas en su artículo 4, y aunque las actividades que en él se contemplan no respondan a una enunciación casuística o cerrada, pues abarca a

«cualquier otra obra o actividad», ello debe interpretarse de una manera restringida en razón a la especialidad del precepto, y entenderse que, en todo caso, esa otra actividad debe asemejarse a las determinadas normativamente y, por supuesto en este aspecto, por tratarse de una cuestión fáctica, ha de respetarse el criterio mantenido por la Sala de instancia.

COMENTARIO

La importante STS de 11 de octubre declaró también la no acumulación de los autos del procedimiento judicial sumario al juicio universal de quiebra, con el argumento de que el carácter constitutivo de la inscripción y el principio de legitimación registral determinan la subsistencia de la hipoteca mientras no se declare en el proceso adecuado la nulidad de la inscripción; lo que significa, según destacan FERRÁNDIZ GABRIEL en «El procedimiento judicial en relación con las quiebras. Problemas derivados del privilegio de ejecución aislada», en *Práctica Hipotecaria. Procedimiento Judicial Sumario. Artículo 131 LH (Jornadas sobre ejecución hipotecaria)*, y JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, en *El procedimiento judicial sumario de ejecución de hipoteca*, que la ineficacia negocial impuesta por el artículo 878, párrafo 2.º del Código de Comercio ha de ser provocada a medio de una acción, sin consistir en un efecto automático o *ipso iure* de la norma legal declarado en el auto de quiebra. Asimismo, la DGRN (RR de 20 de enero de 1986 y 29 de julio de 1988) ha venido destacando que no cabe cancelar de modo automático, en virtud de mandamiento del juez de la quiebra, las inscripciones de titulares registrales, sino por resolución firme dictada en proceso que haya sido debidamente entablado contra los titulares afectados, dándose así satisfacción tanto al principio registral de salvaguarda judicial de los asientos como al principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos (arts. 24 CE, 1, 40 y 82 LH y 174 RH).

Junto a los preceptos citados en la sentencia que nos ocupa para afirmar la reserva al procedimiento de quiebra de las cuestiones específicamente propias del mismo, y que la doctrina considera como protectores de la facultad de ejecución separada que corresponde al acreedor hipotecario, cabría señalar el propio artículo 1.173.3 LEC, en relación con el artículo 1.319 LEC; el artículo 900 del Código de Comercio, o el artículo 135, párrafo 3.º LH.

La regla especial establecida en el artículo 10 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, ordena que las hipotecas inscritas a favor de las entidades que pueden participar en el mercado hipotecario sólo podrán ser impugnadas al amparo del artículo 878 del Código de Comercio mediante acción ejercitada por los Síndicos de la quiebra en la que se demuestre la existencia de fraude en la constitución del gravamen y quedando en todo caso a salvo el tercero que no hubiera sido cómplice de aquél. El artículo 25.5 del Real Decreto de 17 de marzo de 1982, por el que se desarrolla la Ley 2/1981, refiere esa regla a los préstamos hipotecarios que sirvan de cobertura a las emisiones de bonos y cédulas hipotecarias.

ADQUISICIÓN DEL DOMINIO: TÍTULO Y MODO, TRADICIÓN INSTRUMENTAL. TERCERÍA DE DOMINIO: REQUISITO DE TÍTULO DE DOMINIO ANTERIOR AL EMBARGO. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EL TITULAR NO TIENE LA CONDICIÓN DE TERCERO HIPOTECARIO. LEGITIMACIÓN REGISTRAL: LA PRESUNCIÓN DE EXACTITUD DE LOS ASIENTOS DEL REGISTRO PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA EN CONTRARIO. (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1997.)

Hechos.—Con anterioridad al embargo, los bienes trabados habían sido enajenados en escritura pública de compraventa por la sociedad anónima ejecutada, en cuya representación había intervenido un apoderado en virtud de poder no inscrito en el Registro Mercantil.

Doctrina de la sentencia.—La publicidad mediante la inscripción en el Registro Mercantil a que se refería el antiguo artículo 29 del Código de Comercio, en su redacción anterior a la modificación operada por la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea en materia de sociedades, supone una carga para el poderdante en cuanto no puede utilizar tal poder no inscrito en perjuicio de tercero, y una protección para el tercero que contrató con el mandatario actuando de buena fe por desconocer los términos del poder; pero sin que la falta de inscripción afecte a la validez de los actos o contratos realizados, ni suponga defecto de capacidad en el transmitente, puesto que la inscripción no completa falta de capacidad alguna, ni en el poderdante ni en el apoderado.

Conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, si bien es cierto que, de acuerdo con la llamada teoría del título y el modo, imperante en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 609 y 1.095 del Código Civil), para la adquisición dominical por contrato no basta la mera existencia o perfección del negocio jurídico contractual (título), que sólo genera obligaciones para los contratantes, sino que el mismo ha de ser inexcusablemente acompañado o seguido de la tradición o entrega de la cosa (modo), no lo es menos que este segundo requisito, constitutivo o consumidor de la transmisión dominical, se entiende cumplido no sólo cuando se produce una entrega física o material de la cosa (tradición real), sino también, a virtud del progresivo proceso de espiritualización experimentado por las formas de tradición, cuando medien cualesquiera otros actos jurídicos que de manera patente entrañen la misma significación de entrega, cuyos actos, integradores de la llamada *traditio ficta*, no sólo son los que aparecen relacionados en los artículos 1.462, párrafo 2.º a 1.464 del Código Civil.

Producida la compraventa en escritura pública sin que de la misma resulte o se deduzca claramente lo contrario, concurren a favor del comprador los dos requisitos (título y modo) determinantes de la adquisición por él del dominio del inmueble vendido, adquisición anterior al embargo, por lo que este embargo no puede recaer sobre la parcela adquirida, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial según la que el embargo sólo puede realizarse sobre bienes que pertenezcan al deudor. Si estos bienes han sido objeto de disposición con anterioridad, cumplida la *traditio*, haya tenido o no acceso al Registro la transmisión, no pueden ser objeto de agresión, debiéndose levantar el embargo indebidamente decretado.

El acreedor embargante no goza de la protección del artículo 34 LH, porque nada adquiere del titular registral, al no modificar el embargo la naturaleza de su derecho convirtiéndolo en derecho real.

La presunción de exactitud registral que sienta el artículo 38 LH no es más que una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario y la anotación preventiva de embargo traslada la carga de éste al nuevo adquirente cuando el deudor embargado le transmite el bien, pero no cuando antes de la anotación ha efectuado la disposición mediante título y modo.

DOBLE INMATRICULACION:SE APLICA EL DERECHO CIVIL PURO. (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1997.)

Siendo hecho probado que dos fincas registrales son una sola y la misma, se está ante un caso de doble inscripción que enerva la fe pública registral y la presunción de legitimación y da lugar a los problemas que sobre la propiedad deben resolverse con apoyo en las normas de Derecho civil puro (art. 313 RH y SSTs de 4 de octubre de 1993 y 3 de febrero de 1991).

PUBLICIDAD REGISTRAL FE PUBLICA REGISTRAL: PROTEGE AL TITULAR DE HIPOTECA FRENTE A LA FALTA DE PODER DE DISPOSICIÓN DEL HIPOTECANTE. (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El problema jurídico que da origen a la controversia objeto de litigio es el de si el titular de un inmueble que lo ha enajenado por escritura pública, realiza un acto nulo radicalmente, por falta de poder de disposición, cuando a los pocos días lo hipoteca, estando todavía vigente la inscripción de su dominio en el Registro de la Propiedad, en garantía de la devolución de la cantidad prestada que reconoce haber recibido de los acreedores hipotecarios. El primer adquirente de dominio, entendiendo que es absolutamente nula la hipoteca constituida, insta que así se declare judicialmente y que se cancele la inscripción de la garantía hipotecaria.

El artículo 34 LH protege, en las circunstancias que indica, al que adquiere de quien en el Registro de la Propiedad figura con facultades para transmitir (o para constituir, desde luego, derechos menores), aunque se anule o resuelva el derecho del otorgante por causas que no consten en el mismo Registro. Si después de la enajenación, cuya validez no se discute, la vendedora hipotecó como si fuera verdadera propietaria civil, siendo así que sólo lo era para el Registro de la Propiedad porque todavía figuraba inscrita a su favor esa propiedad, el tercero goza de la protección registral.

La alegación del recurrente en casación de que el acreedor hipotecario no es un adquirente a título oneroso se desestima por el ostensible olvido que se padece de los principios en que se asienta toda la legislación hipotecaria desde la primera Ley de 1861, que son los de hacer seguras las adquisiciones de inmuebles y garantizar a los acreedores que prestan sobre los mismos. Estos últimos no deben ser excluidos de la protección registral, según doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo, como no podía ser menos desde el momento que la hipoteca se constituye para garantizar la satisfacción del crédito, cuya vida y vicisitudes en ella repercuten por su necesaria accesoriidad. Esta finalidad económico-jurídica es lo que hace que la legislación hipo-

tecara nazca, entre otras cosas, para proteger y favorecer la seguridad de los préstamos, es jurídicamente su causa y la que estructura en consecuencia toda la 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.

COMENTARIO

La STS de 15 de junio de 1966 declaró que debe estimarse como tercero hipotecario el que, con posterioridad a la celebración de un contrato sobre una cosa inmueble o derecho real inmobiliario, adquiere a su vez el dominio u otro derecho real registrable. La STS de 17 de octubre de 1989, afirmó que el artículo 34 LH es aplicable no sólo a los actos de adquisición del dominio, sino también a los de constitución de derechos reales limitados y, entre ellos y de modo señalado, a los créditos hipotecarios cuya inscripción es constitutiva. Según ROCA SASTRE, el tercero ha de ser tercer adquirente, por negocio jurídico, de un derecho real inscrito. Para JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA se trata del titular que adquiere cualquier derecho real inscribible, sin que tenga que ser necesariamente un adquirente o subadquirente. Por lo tanto, el acreedor hipotecario puede tener la condición de tercero hipotecario, siempre que, como matizan los autores citados, sea adquirente a título oneroso, es decir, haya realizado una contraprestación por razón de la hipoteca.

USUCAPIÓN: REQUISITOS. REQUISITO DE POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO. (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1997.)

La usucapión extraordinaria precisa simplemente de los requisitos comunes, sin necesidad de justo título ni de buena fe, y tales requisitos son la posesión, con los caracteres que enumera el artículo 1.941 del Código Civil, y el tiempo, que es de mayor duración que en la usucapión ordinaria. La posesión, a los efectos de la usucapión, debe ser en concepto de dueño (o titular del derecho de que se trate), pública, pacífica y no interrumpida.

La jurisprudencia ha insistido reiteradamente en que es imprescindible el carácter de posesión en concepto de dueño para que se produzca la usucapión. Es doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo la de que, como dice de manera expresa el artículo 447 del Código Civil y reitera el 1.941 del Código Civil, sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio; y tan terminantes son estos preceptos que el Tribunal Supremo al aplicarlos hubo de declarar que tanto la prescripción ordinaria como la extraordinaria no pueden tener lugar en armonía con el artículo 1.941 del Código Civil, sin la base cierta de una posesión continuada durante todo el tiempo necesario para prescribir en concepto de dueño; que la posesión en concepto de dueño, como requisito esencial básico, tanto de la usucapión ordinaria como de la extraordinaria, no es un concepto puramente objetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal, reconociendo el dominio de otra persona, no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en su concepto y pasar al *animus domini*; y, finalmente, que para que pueda originarse la prescripción adquisitiva se requiere, no sólo el transcurso de los treinta años

sin interrupción de la posesión, sino que sea la civil, es decir, la tenencia unida a la intención de hacer suya la cosa, en concepto de dueño.

COMUNIDAD DE BIENES: DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN. INDIVISIBILIDAD. (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1997.)

Declarada por sentencia la indivisibilidad de la finca y la inexistencia de pacto sobre su atribución a uno de los comuneros, es adecuada al artículo 400 del Código Civil la forma de disolución de la comunidad establecida en dicha sentencia de venta en pública subasta y distribución por partes iguales del precio obtenido, sin perjuicio de los acuerdos a que pueden llegar las partes.

El artículo 1.062, párrafo 1.º del Código Civil no contiene sino una norma que permite la atribución de un bien hereditario que resulte indivisible a uno de los coherederos abonando a los otros el exceso en dinero, pero tal precepto no obsta a la exigencia que puede hacer cualquiera de aquéllos de que el bien sea vendido en pública subasta como se establece en el párrafo 2.º de dicho artículo 1.062 del Código Civil. Aparte de la inaplicabilidad de aquel párrafo 1.º en el caso de que en la herencia no exista otro bien que la cosa considerada indivisible, habida cuenta que el dinero con el que ha de pagarse el exceso ha de ser el existente en la herencia; en otro caso, nos encontraríamos ante una venta de la porción hereditaria, supuesto que no es el contemplado en el artículo 1.062 del Código Civil citado.

TERCERÍA DE DOMINIO: OBJETO. NO PROSPERA SI EL TERCERISTA ES EL VERDADERO DEUDOR. (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1997.)

Lo realmente decisivo en el caso debatido es si el tercerista es o no tercero en la ejecución, siendo deudor. Si se le tiene por deudor, no es ajeno al litigio de que trae causa la tercería. No hay razón para estimar la demanda de tercería, que tiene por objeto no la reivindicación de la finca, sino la paralización de la vía de apremio, sin perjuicio de que ejecutado y tercerista puedan en otra vía aclarar respectivas responsabilidades internas.

ACCIÓN DE DESLINDE: OBJETO. DIFERENCIA CON LA ACCIÓN REIVINDICATORIA. USUCAPIÓN: REQUISITO DE POSESIÓN EN CONCEPTO DE DUEÑO. (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1997.)

El deslinde excluye contienda sobre la propiedad. No desvirtúa la naturaleza de la acción de deslinde el hecho de que su práctica y consiguiente amojonamiento de las fincas en confrontación represente componer físicamente las mismas, al delimitarlas material y extensamente mediante el trazado de línea perimetral divisoria, precisándose de esta forma los derechos que corresponden a los titulares interesados, sin que ello suponga el ejercicio de acción reivindicatoria alguna.

La posesión a título de dueño es uno de los requisitos esenciales que condicionan positivamente la eficacia de la prescripción alegada, cuya concurrencia impone necesaria prueba de que el poseedor no es un mero detentador y sí

precisa un plus de la actividad de tenencia material —en cuanto los actos posesorios no han de ser equívocos, sino que han de manifestarse externamente al tráfico como efectivos actos de dominio *in nomine proprio*— para lo que no es suficiente la mera intención ni el acto volitivo interno de querer o creer. No hay precepto alguno que autorice a presumir la posesión en concepto de dueño.

DERECHO DE OPCIÓN: CARÁCTER DE DERECHO PERSONAL. FE PÚBLICA REGISTRAL, (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Al no haberse inscrito en el Registro de la Propiedad la opción, se configura como efectivo derecho personal y no real (Sentencia de 9 de octubre de 1987), tal como pone de manifiesto el propio artículo 14 RH, al exigir los requisitos complementarios que establece para su inscripción, lo que produce, una vez practicada, consecuentes efectos reales.

En el caso de autos, la opción fue ejercitada válida y eficazmente con la correspondiente comunicación por el optante dentro del plazo pactado, con lo que se extinguió la oferta de venta al consumarse la opción y surgir y perfeccionarse automáticamente la compraventa proyectada por la concurrencia de consentimientos que exige la ley, alcanzando así estado de ejecución obligatoria para el concedente.

La protección pública registral descansa en la concurrencia de buena fe en el adquirente. Buena fe registral equivale, al igual que en los artículos 433 y 1.950 del Código Civil, a ignorar el que adquiere, con base en la legitimación dispositiva de quien aparece como titular en el Registro, que la titularidad del causante no existe, está viciada o sometida a limitaciones la plena libertad de disponer, como sucede cuando concurre un derecho de opción, válidamente otorgado y que conserva su eficacia y vigencia.

El artículo 34 LH sólo establece una presunción de exactitud registral, susceptible de ser desvirtuada por prueba en contrario, y lo mismo sucede respecto a la presunción de buena fe, que es de naturaleza *iuris tantum*. La apreciación de buena fe es cuestión de hecho y por tanto de la libre apreciación de los juzgadores de instancia y ha de ser mantenida en casación, en tanto no resulte convenientemente desvirtuada.

COMENTARIO

Respecto de la *naturaleza del derecho de opción*, la STS de 9 de octubre de 1987 citada, señaló que «la naturaleza predicable de esta figura es la de un contrato y no la de un derecho real, tratándose, en puridad de doctrina, de un derecho personal que puede tener efectos frente a terceros mediante la inscripción, pero sin que ésta tenga la virtud de transmutar, convirtiendo a los personales en reales, la naturaleza de los derechos, ya que no se tiene un poder directo sobre la cosa, sino únicamente la facultad de exigir del sujeto pasivo el necesario comportamiento para que el contrato prefigurado sea llevado a su consumación, y buena prueba de ello la suministra el propio artículo 14 RH, pues si fuera un derecho real sería inscribible sin necesidad de requisitos complementarios». La STS de 6 de noviembre de 1989 reiteró que «el derecho de opción no pierde su naturaleza de derecho personal por la circunstancia de permitirse su inscripción, pues ello sólo representa el reco-

nocimiento de su aspecto registral para el caso de que accediera al Registro». La STS de 9 de junio de 1990 añadió que «con la inscripción y por efecto de la publicidad registral el derecho de opción se impone *erga omnes*, de suerte que su existencia afectará o perjudicará a todo adquirente posterior al derecho de opción de compra, pero sin que tal inscripción opere el cierre del Registro, por lo que el propietario de una finca concedente de un derecho de opción de compra, aun después de su inscripción en el Registro, puede enajenar o gravar la cosa, ya que tal derecho no implica prohibición de enajenar o disponer y sí tan sólo una facultad preferente de adquirir a favor del optante, si bien cuando un tercer comprador adquiere el inmueble objeto de la opción inscrita, ésta surte efecto contra el comprador, esto es, el derecho de opción de compra registrado opera contra el subadquirente como derecho habiente que es del que concedió la opción; en consecuencia, el derecho de opción de compra inscrito en el Registro al amparo del artículo 14 RH no confiere a su titular derecho dominical alguno que impida ulteriores enajenaciones del inmueble, sin perjuicio de que el titular del derecho de opción pueda exigir de todo propietario del inmueble afectado, sea el concedente, sean posteriores adquirentes del mismo, la venta de la cosa afectada».

Sin embargo, la Resolución DGRN de 6 de mayo de 1998 admite el *derecho real* de opción de compra y declara que «inscrito el derecho real de opción de compra, la transmisión que en ejercicio del mismo se produzca prevalece sobre los actos dispositivos posteriores realizados por el concedente», procediendo la cancelación del asiento de dominio intermedio, «sin que quepa ahora debatir si tal conclusión puede ser alterada por el hecho de que en el procedimiento seguido no haya sido parte el titular de ese asiento intermedio a cancelar».

Por otra parte, la declaración de la presente sentencia de que el artículo 34 LH sólo establece una presunción de exactitud registral de naturaleza *iuris tantum*, es contraria a reiterada jurisprudencia; por todas, puede citarse la STS de 7 de diciembre de 1987, que habla de presunción *iuris et de iure* de que el Registro para el adquirente es exacto e íntegro cualquiera que sea la realidad extrarregistral. Como puntualiza la STS de 22 de noviembre de 1989, «el principio de fe pública registral ampara y protege en sus adquisiciones a los terceros adquirentes a que se refiere el artículo 34 LH, sobre la base indeclinable de la posibilidad de la aplicación de la fuerza de la presunción del Registro establecida en el artículo 38, párrafo 1.º LH, elevando la inicial presunción *iuris tantum* que ese precepto establece el carácter *iuris et de iure* para el tercero». En el mismo sentido la doctrina distingue una doble presunción en la publicidad material del Registro: presunción *iuris tantum* de veracidad, mientras no se pruebe la inexactitud registral (es el principio de legitimación, arts. 1, pár. 3.º y 98 LH), y presunción *iuris et de iure* de exactitud e integridad, sin admitirse prueba en contrario a favor del tercero hipotecario (es el principio de fe pública registral, art. 34 LH).

HIPOTECA: EXTENSIÓN RESPECTO DE LOS INTERESES. INTERESES MORATORIOS Y REMUNERATORIOS. CLAUSULAS DE ESTABILIZACIÓN DE VALOR. CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN. CANCELACIÓN. (SENTENCIAS DE 15 DE FEBRERO Y 8 DE MARZO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El interés convencional de todo préstamo oneroso tiene la función fundamental de ser la retribución o precio que el mutua-

tario ha de pagar por la utilización y disfrute de un capital en dinero que le presta el mutuante, pero puede también (cuando su tasa es elevada) utilizarse como medio de compensar la depreciación monetaria. Pese al principio nominalista que en nuestro ordenamiento jurídico preside el pago de las deudas dinerarias para compensar la devaluación monetaria en las épocas de inflación está doctrinal y jurisprudencialmente admitida la posibilidad de que las partes estipulen las llamadas «cláusulas de estabilización», una de las cuales (aparte de las «valor oro o plata» o «valor moneda extranjera») es la denominada «cláusula de escala móvil» o «cláusula índice», en la que, como módulo regulador de la depreciación (o revalorización) monetaria producida, se atiende a los índices generales del costo de la vida, establecidos por el Instituto Nacional de Estadística. Cuando el interés pactado en un concreto préstamo (por la baja tasa estipulada para el mismo) no cumple más que la primera función anteriormente indicada (retribución o precio por la utilización y disfrute de un capital ajeno), dicho interés es plenamente compatible con la cláusula de estabilización, pues, en este caso, aquél y ésta desempeñan funciones totalmente distintas. Pero cuando, por la más elevada tasa estipulada para el interés convencional, ha de entenderse que éste, además de la primera, cumple también la segunda de las expresadas finalidades (compensación de la devaluación monetaria producida por la inflación), no puede admitirse su compatibilidad con una cláusula de estabilización que cubra la totalidad de la depreciación monetaria producida, pues entonces se daría una injustificada duplicidad compensatoria, que haría (o podría hacer) surgir la figura del interés usurario encubierto bajo otra forma contractual (art. 9 de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908), siendo ésta la razón (o una de las razones) por las que el artículo 219 RH señala un límite máximo a la operabilidad revalorizadora de la cláusula de estabilización.

Si, además de pactarse un primer interés, de tasa notablemente baja (por lo que ha de atribuírsele únicamente la primera de las funciones antes indicadas: retribución o precio por la utilización y disfrute de un dinero ajeno), se estipula también un segundo interés, de tasa significativamente muy superior a la del primero, para el supuesto de que el prestatario incumpla lo pactado en el contrato de préstamo, ha de entenderse, indudablemente, que dicho interés superior tiene también como finalidad la de compensar la devaluación monetaria producida por la inflación durante el mayor plazo de duración del contrato, por lo que resulta, ética y jurídicamente, incompatible con una cláusula de estabilización específica estipulada con esa misma finalidad, que ha de tenerse por nula e ineficaz.

La expresada cláusula de estabilización es nula; pero, aunque no lo fuera, el importe resultante de la misma no se hallaría en ningún caso garantizado con la hipoteca, desde el momento en que el Registrador de la Propiedad denegó la inscripción de dicha cláusula de estabilización, por no reunir los requisitos exigidos por el número 3.º del artículo 219 RH. Apareciendo probado que los prestatarios, deudores hipotecarios, han pagado extrajudicialmente al acreedor la totalidad de lo garantizado con la hipoteca (el principal prestado y todos los intereses devengados por el mismo), el referido acreedor hipotecario debe otorgar la correspondiente escritura pública y cancelar la mencionada hipoteca, conforme a lo preceptuado en los artículos 79.2.º y 82, párrafo 1.º LH y 174, párrafo 3.º RH.

COMENTARIO

Las *cláusulas de estabilización de valor* convierten la hipoteca de que se trate en una hipoteca de máximo, sólo en cuanto al capital, por expresa disposición del artículo 219.2.º RH, redactado por la reforma del Real Decreto de 17 de marzo de 1959. La DGRN se había mostrado hostil a la figura en Resoluciones de 5 de abril de 1903, 3 y 4 de marzo de 1952; la Resolución de 17 de marzo de 1959 hubo de reconocerla formalmente, pero rechazándola en el caso concreto por tratarse de un préstamo de ahorro vivienda y no compaginarse con las finalidades previstas en la legislación especial. ROCA SASTRE fue en nuestro país uno de los defensores más entusiastas de las cláusulas estabilizadoras y estimó tarada de timidez su regulación; HERNÁNDEZ GIL se mantuvo en una posición mucho más cauta; según TIRSO CARRETERO GARCÍA, la reforma reglamentaria trató de reducir los inconvenientes de tales cláusulas, cuyo triunfo se dio por inevitable.

Dentro del marco restrictivo del artículo 219.2.º RH, PEDRO AVILA NAVARRO destaca el carácter esencial de sus requisitos, que han de concurrir todos, y la condición de *numerus clausus* de los módulos de estabilización enumerados, de los que prácticamente sólo resulta operativo el índice del costo de la vida.

Los pronunciamientos de esta sentencia coinciden con lo señalado por LACRUZ, en el sentido de que una cláusula de estabilización en un préstamo civil que sobrepase los límites del citado artículo, no podrá ser garantizada con hipoteca (cuya inscripción, vedada, es constitutiva); añadiendo el autor que el préstamo tampoco podrá ser atacado sin más, como usurario; en este plano, una adecuada exégesis del precepto no puede concederle más valor que el meramente indiciario, orientador. PEDRO AVILA NAVARRO indica que, aunque no baste la cláusula antirreglamentaria para tachar al préstamo de usurario, debe tenerse en cuenta que el interés puede ser desproporcionado (art. 1 de la Ley Azcárate o de Represión de Usura de 23 de julio de 1908) por sí solo o sumado al rendimiento complementario que suponga la revalorización en que ordinariamente se traduce toda estabilización.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: NOTIFICACIÓN DE LA SUBASTA AL DEUDOR, (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1997.)

La notificación al deudor del posterior señalamiento de fecha para la subasta se ha de practicar conforme exige el artículo 131, regla 7.ª LH, que contiene reglas procesales específicas, tales como las señaladas en su párrafo último, según la cual el señalamiento del lugar, día y hora para el remate se notificará al deudor con la misma antelación (veinte días) en la finca o fincas hipotecadas. Este precepto no tiene el mismo alcance que el contenido en el artículo 130 sobre lugar y forma de los requerimientos de pago, sino que ordena hacer las notificaciones al deudor en el lugar de ubicación de la finca, no alterable por convenio alguno al constituirse la hipoteca. Cuando el lugar de la finca no está en la jurisdicción territorial del Juzgado, ha de acudir al auxilio judicial por el cauce del exhorto. Cuando no es hallado el que debe ser notificado, se sigue el cauce del artículo 266 LEC, que es el de la notificación por cédula, pero en este caso el lugar ha de ser el de la propia finca por disponerlo así la LH.

HIPOTECA: PACTO COMISORIO, (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1997.)

Hechos.—En la misma fecha de otorgamiento de una escritura de hipoteca, las partes celebran un contrato privado en el que se pacta una compraventa del inmueble gravado por el precio del importe de la deuda insatisfecha.

Doctrina de la sentencia.—Esa opción entraña un pacto comisorio (arts. 1.858 y 1.859 del Código Civil) porque el acreedor hipotecario persigue el mismo fin prohibido legalmente: apropiarse de la cosa dada en garantía de la satisfacción de su crédito. Se comete un fraude de ley, porque, al amparo del texto de una norma que lo permite (art. 1.445 del Código Civil), resulta vulnerada la norma prohibitiva del pacto comisorio; por lo que, descubierto el fraude, hay que aplicar ésta por ordenarlo el artículo 6.4 del Código Civil.

Tratándose de una norma legal imperativa como es la de la prohibición del pacto comisorio (arts. 1.858 y 1.859 del Código Civil), dada la naturaleza de la prohibición, estamos ante una nulidad radical y absoluta, apreciable de oficio por los Tribunales. No se trata de la defensa de ningún interés privado, sino del interés público, que no puede consentir que se deje en manos de los acreedores la facultad de apropiarse de los bienes de los deudores que dieron en garantía para satisfacer las deudas impagadas.

PROPIEDAD HORIZONTAL: URBANIZACIÓN. CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS COMUNES. OBLIGACIÓN «PROPTER REM». (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1997.)

En toda situación de comunidad, el concurso de los partícipes será proporcional a sus respectivas cuotas, tal como ordena el artículo 393 del Código Civil y, según tal criterio de proporcionalidad, los copropietarios pueden exigirse entre sí la contribución a los gastos que se produzcan, como prevé el artículo 395 del mismo cuerpo legal. A su vez, a una comunidad de propietarios, en forma de urbanización, se aplican por analogía las normas de la LPH, cuyo artículo 9, apartado 5.º, impone a los copropietarios la obligación de contribución a los gastos generales con arreglo a la cuota de participación fijada en el título o a lo especialmente establecido. Por último, el artículo 392, párrafo 2.º del Código Civil prevé que la autonomía de la voluntad de las partes establezca reglas de la comunidad; así, en forma de estatutos.

En todo caso, es algo indiscutible y evidente que los copropietarios contribuyen, con arreglo a su participación, a los gastos generales de la comunidad, verdadero supuesto de *obligatio propter rem*, obligación en la que el deudor aparece determinado por el hecho de ser propietario de la cosa; es deudor quien en cada momento es propietario; la obligación se constituye en función de la titularidad del derecho de propiedad sobre la cosa.

PROPIEDAD HORIZONTAL: RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ELEMENTO PRIVATIVO A INSTANCIA DE LA COMUNIDAD. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1997.)

Hechos.—La comunidad de propietarios de un edificio promueve juicio especial de desahucio y solicita que se declaren resueltos los contratos de

arrendamiento concertados por el propietario de unos locales comerciales porque los arrendatarios los destinan a bar, actividad no permitida en los estatutos.

Doctrina de la sentencia.—La acción resolutoria ejercitada se fundamenta en las disposiciones reguladoras de la propiedad horizontal, concretamente en los artículos 7, párrafo 3.º y 19 LPH, con independencia de que la causa resolutoria 8.ª del artículo 114 LAU, Texto Refundido de 24 de diciembre de 1964, que limita su ámbito de aplicación a las relaciones entre arrendadores y arrendatarios y agota su observancia a las derivadas de los contratos de arrendamiento, de tal manera que las causas resolutorias previstas en la ley arrendaticia no coinciden plenamente con las admitidas en aquélla, y así, en la de 1960 se admite como tal la dedicación del local a una actividad no permitida en los estatutos (art. 7, pár. 3.º, en relación con el art. 19), la cual, incluso, puede no ser «inmoral», «peligrosa», «incómoda» o «insalubre», que son las descritas en la expresada causa 8.ª

Por más que se interprete el artículo 7, párrafo 3.º LPH con arreglo a las pautas marcadas en el artículo 3 del Código Civil, no cabe apreciar que la prohibición concerniente a actividades no permitidas en los estatutos presuponga necesariamente que las mismas hubieren de ser dañosas, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres.

PRENDA: DERECHO DE RETENCIÓN. PROHIBICIÓN DE REALIZACIÓN DE LA PRENDA POR EL ACREEDOR. (SENTENCIA DE 21 DE FEBRERO DE 1997.)

Hechos.—En garantía de un préstamo, avalado por varios fiadores solidarios, el deudor constituyó prenda sobre un depósito en libreta de ahorros concertado con la entidad bancaria acreedora. Esta dispone del depósito para el pago de otras deudas contraídas por el deudor, que no habían sido garantizadas con la prenda, y sin consentimiento de dicho deudor.

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.866 del Código Civil da al acreedor el derecho a retener en su poder la cosa recibida en garantía, a través de la figura de la prenda, hasta que el deudor no satisfaga la deuda principal. Es más, el párrafo 2.º del mismo permite extender los efectos garantistas de dicha prenda a otra deuda, entre las mismas personas, que no se tuvo en cuenta en el momento de acordarse la referida garantía.

Sobre esta cuestión hay que tener, ineludiblemente, en cuenta la emblemática Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1941, que ha sido desarrollada por importante doctrina civilista en el sentido de exigir a esta figura de garantía dos requisitos esenciales, como son:

- a) que entre el acreedor pignoraticio y el deudor principal existan dos o más deudas, de las que la primera de ellas esté garantizada con prenda, mientras que sobre la segunda no se ha pactado garantía alguna, y
- b) que la segunda deuda, que carece de garantía, tenga vencimiento anterior a la primera que se constituyó y que está garantizada con la prenda.

En resumen, que lo que se pretende en el artículo 1.866 del Código Civil es otorgar al acreedor la facultad de prorrogar la retención de la cosa dada

en prenda a otras deudas, en principio no garantizadas con tal prenda; pero ello no significa que dicha prenda pueda ser realizada en caso de incumplimiento de esas otras deudas para su satisfacción y, ni mucho menos, que con ello pueda perjudicarse a terceros afectados por la deuda principal garantizada.

El artículo 1.866 del Código Civil en ningún caso permite la realización de la prenda, sino únicamente la extensión de su efecto de garantía; ni tampoco permite el perjuicio de terceros, como así ha ocurrido en el caso litigioso para los fiadores. Con la pérdida del depósito irregular, pérdida imputable, única y exclusivamente, al Banco, se ha perjudicado irremisiblemente la posibilidad de subrogación del fiador que paga con las mismas garantías que adornaban al acreedor para el caso de repetición hacia otros fiadores solidarios.

COMENTARIO

DÍEZ PICAZO, en sus *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, califica la citada STS de 24 de junio de 1941, como «quizá una de las sentencias más completas de nuestra jurisprudencia civil, tanto por el vigor de los razonamientos que en ella se van jalonando como por la profundidad de la erudición en el manejo de los antecedentes históricos y del derecho comparado de que hace gala». Y señala con precisión los elementos del supuesto de hecho del artículo 1.866, párrafo 2.º del Código Civil, en los términos que el Tribunal Supremo recoge en la resolución reseñada. Ambas sentencias declaran que la facultad que al acreedor reconoce el precepto es un puro derecho de retención, no eficaz frente a los demás acreedores. En el mismo sentido, la mayor parte de la doctrina niega el carácter prendario de la facultad reconocida al acreedor en el artículo 1.866 del Código Civil (MANRESA y NAVARRO, GARRIGUES, GUILARTE ZAPATERO, SERRANO ALONSO), frente a la opinión de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, para quien se trata de una presunción de una nueva prenda, sin perjuicio de los derechos adquiridos sobre la cosa en el tiempo intermedio.

DOBLE INMATRICULACION:PREVALECE EL TERCERO PROTEGIDO POR LA FE PUBLICA REGISTRAL. TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITOS.
(SENTENCIA DE 1 DE MARZO DE 1997.)

Hechos.—Acción reivindicatoria sobre una finca que el actor identifica con otra inscrita a su favor, debido a que los linderos se determinan con relación a un río que ha sufrido sucesivas modificaciones en su cauce.

Doctrina de la sentencia.—Caracterizado el fenómeno de la llamada doble inmatriculación por el hecho de que una misma finca (o parte de ella) figure inscrita a nombre de personas distintas, éste no es el caso contemplado en la sentencia, en la que se trata de dos fincas independientes, aunque colindantes entre sí.

El adquirente tiene la clara e indudable condición de tercero hipotecario, protegido por la fe pública registral, pues adquirió la finca de buena fe y a título oneroso de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitir la finca y la inscribió a su nombre (art. 34 LH), por lo que su titularidad dominical resulta jurídicamente inatacable.

Pero aún cuando, a efectos meramente dialécticos, se admitiera que se trata de un supuesto de doble inmatriculación, ha de llegarse a la misma conclusión, por las razones que seguidamente se exponen. Si ante el referido supuesto de doble inmatriculación, uno de los titulares 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, y sólo en el caso de que ninguno de los dos titulares registrales reúna la expresada condición habrá de resolverse el conflicto conforme a las normas de derecho civil puro.

HIPOTECA SOBRE VARIAS FINCAS: EXTENSIÓN OBJETIVA RESPECTO DE LAS INDEMNIZACIONES. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1997.)

Hechos.—Constituida una hipoteca sobre varias fincas, un incendio destruye las naves edificadas sobre una de ellas. La compañía aseguradora paga al banco acreedor el importe de la indemnización, según se pactó en la escritura de constitución de la hipoteca.

Doctrina de la sentencia.—Al estarse en presencia de una deuda cuyo pago se encuentra garantizado por hipoteca constituida sobre determinadas fincas, los preceptos a tener en cuenta en orden a la efectividad del crédito son los contenidos en la legislación hipotecaria que, dada su especialidad, son de preferente aplicación, como así se reconoce en el artículo 1.880 del Código Civil. En esta materia, el artículo 104 LH que encabeza la regulación de las hipotecas previene, de igual modo que lo hace el precitado Código Civil en el artículo 1.876, que la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre los que se impone al cumplimiento de la obligación que aseguraba, pero, a tenor del artículo 105 LH, sin alterar la responsabilidad personal ilimitada del deudor establecida en el artículo 1.911 del Código Civil. Tales preceptos fundamentales deben complementarse, para el caso concreto de autos, con el artículo 119 LH, con arreglo al cual si se hipotecan varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la parte de gravamen de que cada una deba responder, puntualizándose en el siguiente artículo 120 LH, en armonía con el artículo 1.860, párrafo 4.º del Código Civil, que fijada en la inscripción la parte de crédito a responder por cada uno de los bienes hipotecados, no se podrá repetir contra ellos con perjuicio de tercero sino por la cantidad a que respectivamente estén afectos y la que a la misma corresponda por razón de intereses; hasta el punto de que, como se matiza en el artículo 121 LH, si la hipoteca no alcanzase a cubrir la totalidad del crédito, puede el acreedor repetir por la diferencia contra las demás fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder; pero sin prelación, en cuanto a dicha diferencia, sobre los que, después de inscrita la hipoteca, hayan adquirido algún derecho real en las mismas fincas; y semejante limitación se refleja en términos parecidos en el artículo 140 LH y en el artículo 221 RH. A esta relación de preceptos hipotecarios es de añadir la integrada por los artículos 109 y 110.2.º LH, a cuyo tenor la hipoteca se extiende al importe de las indemnizaciones satisfechas al propietario por razón de los bienes hipotecados.

Las consecuencias jurídicas a extraer de los preceptos relacionados en el caso enjuiciado son, de un lado, que la indemnización percibida por el incendio de las naves situadas en una finca, ha de aplicarse a la hipoteca constituida

sobre la misma y en punto a su efectividad, en función de la regla extensiva beneficiadora de las hipotecas; y, de otro lado, que esa afección o atribución de la indemnización a la concreta hipoteca garantizada por la finca no puede hacerse de manera indiscriminada y discrecional por el originario propietario y deudor hipotecario, ni por el acreedor hipotecario, sino ateniéndose al débito estricto garantizado por la hipoteca, es decir, a la cantidad máxima a responder por la finca hipotecada. Conforme a lo dicho, la atribución de la indemnización recibida de la compañía aseguradora ha de ser destinada, en primer lugar, al pago de los intereses de la deuda hipotecaria, pero únicamente hasta el límite que garantizaba la hipoteca, al no regir sobre tal particular las prescripciones del artículo 1.173 del Código Civil, y en segundo término, al capital; y por lo que respecta al tema de los intereses, si los devengados fuesen en cuantía superior a los cubiertos por la hipoteca, el exceso tendría que reclamarse al deudor personal por la entidad acreedora hipotecaria.

COMUNIDAD DE BIENES: ADMINISTRACIÓN. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1997.)

Es criterio de la Sala Primera del Tribunal Supremo el mantenimiento de la eficacia de lo hecho, desde un punto de vista de administración, por el condueño que represente por sí solo la mayoría de los intereses, sobre todo cuando aquella diligencia administrativa es conocida por el otro condueño y dicha actividad no afecta a la indivisibilidad de la cosa común; todo ello de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 398, párrafo 2.º del Código Civil.

TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITOS. ACCIÓN REIVINDICATORIA: REQUISITO DE POSESIÓN DEL DEMANDADO. (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1997.)

El titular registral reúne la condición de tercero hipotecario protegido por la fe pública registral (art. 34 LH), pues adquirió el inmueble de buena fe y a título oneroso de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitirlo e inscribió su referida adquisición en el Registro de la Propiedad.

Declarado probado que el demandado no es arrendatario del inmueble litigioso, sino que ha venido ocupando el mismo en concepto de mero precarista, sin ningún otro título que le legitime o habilite para ello, debe prosperar la acción reivindicatoria.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS NECESARIAS NO MODIFICATIVAS EN ELEMENTOS COMUNES. ACUERDOS DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y SU CONVALIDACIÓN. (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1997.)

Hechos.—Obras de reparación de la fachada de un edificio para evitar desprendimientos de plaquetas de revestimiento, sin suponer alteración esencial en la estructura o fábrica del edificio ni menoscabo de su seguridad.

Doctrina de la sentencia.—En estos casos basta que el acuerdo se hubiera tomado conforme a las previsiones del artículo 16, norma 2.ª, en relación al

13.3.º LPH, pues dichas obrars se han de calificar de necesarias no modificativas y extraordinarias, y por ello no incardinables en el artículo 11 LPH, que sí precisa acuerdo unánime.

Se declara la legalidad del acuerdo adoptado por haber devenido firme y no proceder la nulidad radical del mismo, conforme al artículo 6.3 del Código Civil, que se refiere necesariamente a normas imperativas o prohibitivas, pues conforme a reiterada jurisprudencia, se trata de acuerdo sometido a la normativa del artículo 16 LPH.

SERVIDUMBRE NATURAL DE AGUAS. PRESUPUESTOS. (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La llamada servidumbre natural de aguas está definida y regulada en nuestro Derecho en el artículo 552 del Código Civil, en el artículo 45 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y en el artículo 16 del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, de Dominio Público Hidráulico, debiéndose decir que estos dos últimos preceptos se limitan a copiar literalmente lo que dice el del Código Civil. Pues bien, con arreglo a dicha normativa, los presupuestos para que surja dicha servidumbre de aguas son los siguientes:

- a) las fincas afectadas deben estar situadas en línea descendente las unas de las otras;
- b) a tenor de lo que dice la STS de 12 de enero de 1906, las fincas en cuestión han de ser de naturaleza rústica, nunca urbana;
- c) el discurrir de las aguas debe estar constituido por un curso natural de las mismas, sin intervención, en poco o en mucho, de la mano del hombre.

En el caso analizado, faltan los dos últimos presupuestos. Las fincas en cuestión tienen naturaleza urbana; las parcelas son parte de una urbanización y están consideradas en un Plan Parcial de Urbanismo. Las aguas vierten en la parcela inferior gracias a unas determinadas obras de instalación de pequeños tubos que atraviesan la acera de la calle o vía urbana. Por lo tanto, al faltar los dos mencionados requisitos, no se puede hablar de servidumbre natural de aguas que produzca como consecuencias lógicas unas limitaciones de dominio, que supondrían de inmediato el establecimiento de una serie de deberes para la finca sirviente, por lo que se puede afirmar que el dueño del predio inferior no debe ser afectado por la posición geográfica de su parcela, respecto a la colindante.

COMENTARIO

El artículo 45.1 de la vigente Ley de Aguas, transcripción literal del artículo 552 del Código Civil, recoge esta limitación al dominio de los predios con fórmula general y omnicomprendensiva, frente al mayor casuismo de la Ley anterior, de 13 de junio de 1879, que la denominaba «servidumbre natural de aguas». El Código francés, el italiano de 1865, y el venezolano hablan de «servidumbre nacida de la situación de los lugares o de los predios», y el portugués de 1867 la consideraba «servidumbre constituida por la naturaleza de las cosas». La presente sentencia señala los presupuestos para su existencia.

TERCERÍA DE DOMINIO: OBJETO. (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1997.)

En los juicios de tercería de dominio es plenamente admisible la reconvencción que se enderece a obtener la declaración de nulidad del título esgrimido por el tercerista. Distinto es el caso de que la postulada declaración de nulidad no pueda prosperar respecto de aquella persona que, habiendo intervenido en el título, no haya sido parte en el proceso de tercería y acerca de la cual y en lo que a ella pueda afectarle, no pueda hacerse dicha declaración de nulidad.

PROPIEDAD HORIZONTAL: URBANIZACIÓN. CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS COMUNES. OBLIGACIÓN «PROPTER REM». (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1997.)

Se califica la situación litigiosa como comunidad ajena a la LPH, formada por varios edificios, con el sistema que se conoce doctrinal y usualmente con el nombre de propiedad horizontal acostada y que fue contemplada expresamente en el Anteproyecto de Ley de Conjuntos Inmobiliarios del Ministerio de Justicia de diciembre de 1991.

Entre los múltiples problemas que plantea la propiedad horizontal se halla el de la contribución a los gastos que contempla el artículo 9.5.^a y sanciona el artículo 20 LPH, como *obligatio propter rem*. Sin embargo, hay que distinguir los gastos generales que dan lugar a la obligación de contribuir a los mismos, según las cuotas de participación, y los gastos particulares, que se satisfarán de acuerdo con lo previsto en los estatutos de la comunidad o, en su defecto, según lo pactado.

Por otra parte, tampoco puede confundirse el concepto de gastos acordados o aprobados por la Junta de Propietarios, según prevé el artículo 13.2.^o LPH, con la distribución del importe de los mismos, entre todos los copropietarios si es gasto general, o de forma distinta (según estatutos o acuerdo de la Junta) si no lo es. El plan de gastos necesita aprobación mayoritaria y la distribución de los mismos se debe realizar conforme a lo estatuido.

En concreto, no pueden ser considerados y distribuidos como gastos generales los siguientes:

- a) los gastos por equipo de traductores y sobreprecio de alquiler de sala de juntas dotada de equipo de traducción simultánea, que deben ser imputados únicamente a aquellos propietarios que requieran tales servicios;
- b) las comunicaciones al extranjero de asuntos relativos a las comunidades, tanto más por la vigente redacción del artículo 15 LPH dada por la Ley 2/1988, de 23 de febrero, que impone la designación de domicilio en España, o, en su defecto, la entrega de las citaciones en el piso o local que forma parte de la comunidad, a efectos de convocatoria para la celebración de la Junta.

PRENDA: CONCEPTO. CONSTITUCIÓN. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1997.)

El derecho de prenda es un derecho real de garantía que para asegurar el cumplimiento de una obligación otorga a su titular el poder sobre una cosa mueble que le permite poseerla y, si se incumple aquél, realizarla. Se constitu-

ye, además de otros medios, por contrato. Siendo todo derecho real oponible *erga omnes*, sin embargo, el artículo 1.865 del Código Civil dispone que la prenda sólo lo será desde que conste por instrumento público la certeza de la fecha.

E. M. A.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA,
ISABEL DE LA IGLESIA MONJE,
ISABEL MORATILLA GALÁN
y M.^a DEL CARMEN CORRAL GIJÓN

CONGRUENCIA: EXIGE NO ALTERAR LAS PRESTACIONES SUSTANCIALES DE LAS PARTES. DAÑOS Y PERJUICIOS: REQUIEREN QUE ESTE ACREDITADA SU EXISTENCIA. (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La congruencia exige únicamente no alterar las peticiones sustanciales formuladas por las partes, nunca la literal sumisión del fallo a aquéllas, y así el principio *iura novit curia* autoriza al Juzgador a emitir su opinión crítica y jurídicamente valorativa sobre los componentes fácticos presentados por las partes, habida cuenta del principio *da mihi factum, ego dabo tibi ius*, y no adolece de incongruencia el fallo que atiende a lo pedido en la demanda y reconvención. Supone pronunciarse en términos de congruencia al decidir sobre lo alegado, aplicando los pertinentes preceptos legales, aunque no se hubieran invocado.

No existen en nuestro Derecho positivo principios generales rectores de la indemnización de los daños y perjuicios, vacío que autoriza a interpretar que el concepto de reparación comprende tanto la esfera contractual como la extracontractual. La indemnización de daños y perjuicios que el artículo 1.101 del Código Civil establece, requiere para su aplicación la base fáctica de la realidad de los daños y perjuicios cuya indemnización se pretende, siendo indispensable para que tal obligación de indemnizar exista y sea exigible que esté acreditada la real existencia de aquéllos y que los mismos fueran originados por el acto ejecutado u omitido, aunque la determinación de su cuantía quede diferida al trámite de ejecución de la sentencia.

DONACIÓN ENCUBIERTA BAJO COMPRAVENTA: HAN DE CONCURRIR LOS REQUISITOS DEL ARTICULO 633 DEL CÓDIGO CIVIL (SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Aun cuando en bastantes ocasiones, como bien señala la Sentencia de 28 de mayo de 1996, la jurisprudencia ha admitido una donación bajo la forma de compraventa, ello ha sido generalmente en supuestos de donaciones remuneratorias, pero no en las puras y simples, para las cuales es rigurosa la doctrina jurisprudencial que para su existencia han de concurrir los requisitos del artículo 633 del Código Civil. Semejantes requisi-

tos, relacionándoles a su vez con los que se infieren del artículo 618, se refieren sustancialmente a la causa de la liberalidad, al *animus donandi* y a la aceptación del donatario.

EL ARTICULO 1.322 DEL CÓDIGO CIVIL NO ES APLICABLE AL MATRIMONIO EN RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES. (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El primero de los capítulos del título III del libro IV del Código Civil, dedicado al régimen económico matrimonial, con la expresión «disposiciones generales» agrupa un conjunto de normas inconexas que se ha dado en llamar, por alguna parte de la doctrina, «régimen matrimonial primario», pero no hay duda que no todas las normas se aplican a todo matrimonio. El artículo 1.322 es un claro supuesto: este artículo es aplicable exclusivamente al régimen de gananciales y además es reiterativo de lo dispuesto con carácter general en el artículo 1.375 y reitera, para los actos de disposición a título oneroso, lo que dispone el artículo 1.377 y para los actos de disposición a título gratuito, lo que dispone el artículo 1.378. No es aplicable al matrimonio en régimen de separación de bienes, en el que la ley no requiere nunca que, para un acto de administración o disposición de bienes, uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro.

RUINA DEL EDIFICIO: RESPONSABILIDAD DE ARQUITECTOS Y CONSTRUCTORES. (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Las responsabilidades derivadas del artículo 1.591 del Código Civil pueden atribuirse a arquitectos y a constructores, según el origen de las mismas, delimitado por el propio texto (vicios de dirección, del suelo, de construcción o de infracción de condiciones del contrato).

El concepto de arquitectos puede comprender a otros técnicos directores de las obras y el de constructor abarcar incluso al promotor.

Atribuidos a técnicos y promotor hechos subsumibles en el artículo 1.591 y declarada su responsabilidad solidaria por el todo o con atribución de cuotas, puede cualquiera de los condenados recurrir ante esta Sala de casación por los motivos establecidos en el artículo 1.692, y con los requisitos legales.

Lo que no puede un condenado es pedir en casación que se condene por el todo a otro codemandado, pues está fuera de sus facultades procesales, pudiendo sólo tratar de demostrar que su propia condena ha sido producida con infracción de ley sustantiva o procesal.

INCONGRUENCIA: LA SALA PUEDE APLICAR UN PRECEPTO NO CITADO EN LA DEMANDA. (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El hecho de que la Sala de apelación aplique un precepto no citado entre los fundamentos jurídicos de la demanda, tampoco puede, por sí solo, determinar incongruencia alguna, toda vez que los principios *iura novit curia* y *da mihi factum dabo tibi ius* facultan al juzgador para tener en cuenta el precepto jurídico que considere correctamente aplicable al

caso debatido, siempre que, como es obvio, dicha aplicación no entrañe una alteración de la *causa petendi*.

FIANZA: DEBE INTERPRETARSE EN BENEFICIO DEL FIADOR. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Reiteradísimamente ha declarado esta Sala que los artículos 1.089 y 1.091 en relación con el 1.255 del Código Civil, precisamente por su genericidad y amplitud, no pueden ser motivo específico de un recurso de casación.

Es obvio que la entidad recurrente trata de cobijar con ellos una impugnación de la interpretación de la póliza litigiosa que efectúa la sentencia recurrida, lo cual no es tema de dichos artículos.

La fianza debe interpretarse siempre en beneficio del fiador, y por ello ha de interpretarse en sentido restrictivo en los casos dudosos (Sentencia de 1-6-1964).

ACCIÓN PAULIANA: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Es reiterada jurisprudencia de esta Sala la de que 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 concurrencia de las siguientes circunstancias: la existencia de un crédito por parte del accionante contra el dueño de la cosa enajenada; la realización de un acto por virtud del cual salga ésta 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); el propósito defraudatorio, tanto del que enajena como del que adquiere la cosa; y la ausencia de todo otro medio que no sea la rescisión de ésta para obtener la reparación del perjuicio inferido al acreedor.

Procede desestimar el cuarto motivo en que se alega infracción de la jurisprudencia según la cual la acción revocatoria sólo puede ejercerse en defensa de un crédito anterior al acto de disposición impugnado. Respecto al requisito de la preexistencia del crédito, 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 cada caso se estudie en concreto y con arreglo a las peculiaridades que presente, especialmente en aquellos supuestos en que la intención defraudatoria viene determinada por la próxima y segura exigencia posterior del crédito.

El artículo 1.297 del Código Civil presume celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito.

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. 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, por lo que no cabe aplicar en este caso la presunción de fraude del artículo 1.297, párrafo primero del Código Civil.

LA CLAUSULA PENAL MORATORIA NO PUEDE SER MODERADA POR EL JUEZ. (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—En las obligaciones con cláusula penal, como norma general, la pena estipulada sustituye a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento de la obligación, si otra cosa no se hubiera pactado (art. 1.152 del Código Civil), o sea, que la aplicación de la pena procede cuando el deudor incumple totalmente la obligación. En función de ello, viene establecido el artículo 1.154 del mismo Cuerpo legal, con arreglo al cual el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, o sea, que dicha facultad moderadora ha de actuar cuando, prevenida la pena para el incumplimiento total de la obligación, el cumplimiento es parcial o irregular. Pero junto a dicha cláusula penal, cuya aplicación presupone el incumplimiento (total o parcial) de la obligación, se halla la llamada cláusula penal moratoria, la cual está estipulada exclusivamente para el supuesto del retraso en que incurra el deudor en el cumplimiento de la obligación. A dicha cláusula moratoria, que no está estipulada para el supuesto de incumplimiento de la obligación, sino sólo y exclusivamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la misma, no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 115 del Código Civil, ya que ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación, pero ello no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria, la cual ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora (por así haberlo estipulado libremente las partes) por el mero y único hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación, cuyo mero retraso, por sí solo, es totalmente inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial e irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del repetido artículo 1.154, ya que durante el tiempo de duración de la mora el incumplimiento fue total.

EL PLAZO DE CUATRO AÑOS PARA PEDIR LA RESCISIÓN POR FRAUDE DE ACREEDORES EMPIEZA A CONTAR DESDE QUE LA VÍCTIMA COMPRUEBA LA FALTA DE BIENES PARA SATISFACER SU CRÉDITO. (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El plazo de cuatro años que establece el artículo 1.299 del Código Civil para pedir la rescisión de cualquier acto jurídico es un plazo de caducidad, por la simple razón de que la acción de rescisión que

puede ejercitarse durante dicho plazo, trata de modificar la situación creada por un contrato torticero que puede producir efectos lesivos a terceros.

Ahora bien, dicho precepto no establece la forma de empezar a computar dicho período de caducidad, cuando la base de la acción rescisoria es un fraude de acreedores.

Una parte de la actual doctrina civilista con base al artículo 37 de la Ley Hipotecaria establece como punto de partida para el referido plazo de cuatro años, el instante mismo en que se produjo la enajenación fraudulenta. Pero puede ocurrir, de seguirse dicha teoría, que el plazo para ejercitar tal acción de caducidad haya transcurrido en su totalidad cuando el actor-acreedor esté en condiciones o con posibilidad de acreditar la insolvencia del demandado-deudor, y por lo tanto de constatar la insolvencia de dicho deudor y los efectos dañinos que dicha situación le ocasiona.

Por ello sin duda, la actual jurisprudencia de esta Sala y con base a lo dispuesto en el artículo 1.969 del Código Civil, trata y consigue soslayar la antedicha injusta situación de otra manera, y así la Sentencia de 29 de octubre de 1990, establece que el inicio del cómputo de la acción rescisoria será a partir de la comprobación de falta de bienes con que satisfacer el crédito. Pero la que da la pauta emblemática es la Sentencia de 16 de febrero de 1993, que rechaza la fecha de la transmisión de los bienes como punto de partida para el cómputo de plazo, y argumenta que ha de acogerse el criterio que más favorezca a la víctima del acto ilícito civil, por lo que estima que debe tomarse como día inicial aquel en que se pueda tener cabal y entero conocimiento dicha víctima burlada del acto subrepticio y fraudulento que le produce el daño patrimonial.

La rescisión por fraude de acreedores, que es la figura que determina el número 3 del artículo 1.291 del Código Civil, necesita para su plena vigencia y para que pueda ser objeto de una determinada pretensión judicial, que recaiga sobre actos o negocios rescindibles, además que exista una intención fraudulenta —*consilium fraudis*— por parte del deudor y, por último, que de todo ello surja un concreto perjuicio.

NO ES NECESARIO QUE LOS VICIOS OCULTOS DE LA COSA VENDIDA PRODUZCAN «INHABILIDAD TOTAL», (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—Se estará en la hipótesis de entrega de una cosa por otra, *aliud pro alio*, cuando ha existido pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y concurrido absoluta insatisfacción a la parte compradora, permitiendo ello al perjudicado acudir a la protección que dispensan los artículos 1.101, 1.106 y 1.124 del Código Civil, como así viene manteniéndose en reiterada jurisprudencia de la Sala, pero las aludidas «inhabilidad absoluta» e «insatisfacción total» no tiene por qué concurrir necesariamente en los supuestos de «defectos ocultos» que posibilitan la acción específica que conceden los artículos 1.484, 1.485 y 1.486 del mismo texto legal.

LA JURISPRUDENCIA HA ATENUADO LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO «IN ILLIQUIDIS NON FIT MORA». (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El brocardo *in illiquidis non fit mora*, aplicable a supuestos muy variados en su tipología, pero referentes sustancialmente a aquéllos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleve a efecto la fijación de la misma a través de la correspondiente resolución judicial, ha sido atenuado, en su aparente automatismo, por la relativamente reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala, al introducir importantes matizaciones en su aplicación, las que, en último término, se entroncan con la conclusión de que la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues a través de la misma lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor, y así, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial.

RESPONSABILIDAD DE BIENES GANANCIALES. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El régimen económico-matrimonial que regía el matrimonio de los demandados era el de gananciales. Este régimen fue modificado y sustituido por el de separación de bienes; las capitulaciones matrimoniales no se inscribieron en registro público alguno. Podrían aplicarse al caso los artículos 1.317 y 1.333 del Código Civil. Estos artículos se refieren a la responsabilidad de bienes gananciales; es la protección al tercero respecto a la modificación del régimen económico-matrimonial, que no puede verse perjudicado por razón de ser ilusoria la responsabilidad universal del artículo 1.911 del Código Civil al resultar que no responde con su patrimonio ganancial por la sustitución de este régimen por el de separación de bienes. Pero este no es el caso de autos: no se ha reclamado en la demanda la responsabilidad del patrimonio ganancial, sino que se ha interesado que se condene a ambos esposos a pagar el precio de unas compraventas en las que la demandada no fue parte compradora.

El artículo 1.365 del Código Civil dispone que en la responsabilidad de los bienes gananciales, si el marido o la mujer fueren comerciantes, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio; es decir, se ocupa de los bienes que quedan obligados frente al acreedor por los actos realizados por el cónyuge comerciante; no se plantea que quede obligado el cónyuge como deudor, sino la responsabilidad de los bienes gananciales. Responden los bienes propios del cónyuge comerciante y los adquiridos a resultas del comercio y también los comunes si media el consentimiento del cónyuge que se presume e incluso los propios del otro cónyuge, si éste consiente expresamente. Es, pues, un tema de responsabilidad de bienes, no de la obligación de la que sea deudor el cónyuge del comerciante que no contrajo obligación alguna.

CONTRATO DE OPCIÓN: CONCEPTO Y REQUISITOS. PARA SU EJERCICIO ES NECESARIO QUE LA ACEPTACIÓN SEA COMUNICADA AL OPTATARIO DENTRO DEL PLAZO. (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El contrato de opción que se puede clasificar como enclavado dentro de los conocidos con el nombre de contratos atípicos, es una creación genuinamente atribuible a la doctrina y a la jurisprudencia de esta Sala, y que con arreglo a ello puede definirse como aquél que atribuye al beneficiario un derecho que le permite decidir, dentro de un período de tiempo concreto, en punto a la conclusión de un determinado contrato.

Por lo tanto, y como consecuencia lógica de la atipicidad de dicho contrato, en el mismo será imprescindible tener en cuenta para determinar su contenido el principio de la libre autonomía de la voluntad, cuya emblemática normativa está constituida por los artículos 1.255 y 1.261, ambos del Código Civil. Sin embargo, como principio, se puede decir que los requisitos esenciales para la existencia del contrato de opción, están constituidos principalmente por la aceptación del optante y por la determinación del plazo durante el cual puede ejercitarse la opción.

Para que la compraventa quede perfeccionada es necesario que llegue a conocimiento del optatario la declaración de voluntad por la que el optante hace uso de la opción, dentro de un plazo, dado el carácter recepticio que tiene dicha declaración de voluntad.

CONTRATO DE OPCIÓN: CONCEPTO, NATURALEZA Y REQUISITOS. (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El contrato de opción de compra que ha sido también denominado por la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala como derecho de opción, se puede estimar como un contrato atípico en el sentido de que no tiene cobertura legal en el Código Civil, aunque bien es cierto que su aspecto registral está reconocido en el Reglamento Hipotecario, concretamente en su artículo 14.

Partiendo de esa idea, se puede definir dicho contrato de opción, como aquella compraventa concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases convenidas contenidas en el acuerdo, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución obligatoria para el cedente, sin necesidad de más actuaciones.

Los requisitos del contrato de opción han sido también configurados por la jurisprudencia, la cual establece tres específicos:

- a) La aceptación expresa del optante.
- b) La determinación del plazo durante el cual se puede ejercitar el derecho de opción.
- c) La determinación exacta del precio y del objeto, así como el de perfección.

Este contrato de opción puede ir incorporado a uno de arrendamiento de bienes inmuebles, lo cual parte de la doctrina lo califica como contrato atípico complejo. En tal caso, dicho derecho de opción supone una especie de plus en el derecho subjetivo que el arrendador concede al arrendatario, y que consiste en la facultad de adquirir la propiedad del bien arrendado, por lo que la onerosidad del contrato de arrendamiento también embebe la onerosidad del contrato de opción en él recogido.

PAGO EFECTUADO POR UN TERCERO. SISTEMA DEL CÓDIGO CIVIL (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—El Código Civil ha establecido el siguiente sistema respecto a las secuelas derivadas del pago de un tercero: 1.º subrogación convencional: si hay pacto entre el tercero y el acreedor, tanto cuando aquél posee interés en la obligación como en caso contrario, ya el deudor apruebe el pago, ya lo ignore o se oponga a él (arts. 1.209 y 1.159); 2.º subrogación legal: cuando paga un tercero y así lo ordena algún precepto (art. 1.209); 3.º subrogación legal: cuando paga un tercero interesado en la obligación, bien si el deudor aprueba el pago, bien si lo ignora o se expresa contrario a él (art. 1.210.1 y 3); 4.º subrogación legal: cuando paga un tercero no interesado en la obligación con la aprobación del deudor (arts. 1.210.2 y 1.159); 5.º reembolso por lo pagado: cuando lo hace un tercero no interesado y el deudor lo ignora (art. 1.158); y 6.º repetición por la utilidad producida: cuando paga un tercero no interesado contra la expresa voluntad del deudor (art. 1.158).

PRÉSTAMO: CUANDO ES REAL, EL CONTRATO ES UNILATERAL, Y SOLO PRODUCE OBLIGACIONES PARA EL PRESTATARIO. (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—En nuestro Derecho, el préstamo puede ser consensual o real, según los casos, y en el de autos tiene este carácter, puesto que se perfeccionó con la entrega del dinero. Surgido el contrato con la entrega, éste no produce obligaciones más que para el prestatario y en consecuencia es contrato unilateral, y por ello mal puede aplicarse el artículo 1.124 del Código Civil, que tiene como ámbito el de las obligaciones recíprocas.

Que no sea aplicable al préstamo el artículo 1.124 del Código Civil, no significa que no pueda anticiparse el vencimiento del préstamo por incumplimiento del pacto o de pagar los intereses.

En el presente caso, el incumplimiento es evidente, puesto que el prestatario revoca el poder que concedió al prestamista con la facultad de constituir a su favor una hipoteca que garantizara el pago del principal e intereses. Se está, en consecuencia, en el supuesto del artículo 1.129, que produce el anticipo del vencimiento y la pérdida por el deudor del derecho a utilizar el plazo, entre otros casos, cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido.

«LEVANTAMIENTO DEL VELO»: INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA. (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Doctrina de la sentencia.—La aplicación de la llamada doctrina del «levantamiento del velo», de la que ha de hacerse un uso restrictivo, solamente está justificada en aquellos supuestos en que aparezca evidente que se ha utilizado, con fines fraudulentos, una confusión de personalidades y de patrimonios entre una persona física y una persona jurídica.

J. Q. S.

NO CABE ALEGAR LA INCOMPATIBILIDAD DEL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO DE UN SEGUNDO EMPLEO PÚBLICO PARA NEGAR EL PAGO DE LOS HONORARIOS POR LOS SERVICIOS PRESTADOS. (STS DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

En primera instancia se declara que los honorarios del abogado constituyen la retribución de los servicios profesionales prestados por éste al Banco actor en virtud de un contrato de arrendamiento de servicios entre ellos concertado, sin que tal declaración resulte desvirtuada en este recurso; la alegada incompatibilidad nacería, no del desempeño del abogado de un segundo empleo público, sino del ejercicio de una actividad privada, el ejercicio profesional de la Abogacía a que se refiere el Capítulo IV de la Ley 53/1984. De acuerdo con el artículo 14.1.º de esta Ley, tal ejercicio requerirá el previo reconocimiento de compatibilidad, reconocimiento que deberá ser otorgado por la autoridad administrativa que se establece en el párrafo 2.º de este artículo 14.

Conocido por el Banco que el abogado ejercía privadamente su profesión de abogado compatibilizando con su trabajo como empleado del Banco sin que, en ningún momento durante el período que duraron sus relaciones, exigiere a éste la obtención de la correspondiente autorización, es contrario a la buena fe que debe presidir el desarrollo de las relaciones contractuales el alegar esa incompatibilidad para negar el pago de los servicios prestados, sobre todo si se tiene en cuenta que ese ejercicio profesional por el demandado al mismo tiempo que prestaba sus servicios al Banco actor no impediría o menoscabaría el estricto cumplimiento de sus deberes ni comprometía su imparcialidad o independencia, únicas razones, según la introducción de la Ley 53/1984, que justificarían la denegación de autorización para compatibilizar el ejercicio de esa actividad privada con sus tareas como empleado del Banco.

CABE EXIGIR EL RECARGO DEL 20 POR 100 A LA ASEGURADORA SOBRE LA INDEMNIZACIÓN CORRESPONDIENTE A PARTIR DE LA FIRMEZA DE LA SENTENCIA, CUANDO LA SEGUNDA INSTANCIA HA DECLARADO Y FIJADO LA CANTIDAD A INDEMNIZAR. (STS DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

El interés del 20 por 100 deberá ser pagado a partir de la fecha de dicha resolución, esto es, de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial cuando sea definitiva, lo cual tendrá lugar sólo a partir de que se dicte la sentencia del TC, que es sólo cuando la anterior recurrida deviene firme.

La aplicación del 20 por 100 de recargo será a partir de la presente sentencia, como ya dice este Tribunal, o sea, cuando es justamente el Tribunal *ad quem* el que determina con su decisión no sólo la procedencia de ese recargo del 20 por 100, así como la fecha a partir del cual deberá iniciarse ese recargo, lo cual no puede entenderse, sino cuando la sentencia que así lo declare sea firme al haberse dictado por parte del TS.

NO CABE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO OBJETIVO «VICTUS VICTORI» CUANDO SE HACE UNA ESTIMACIÓN PARCIAL DE LA DEMANDA SIENDO IMPROCEDENTE LA IMPOSICIÓN DE COSTAS. (STS DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

El principio objetivo (*victus victori*), que tiene su aplicación cuando son desestimados todos los pedimentos de la demanda y no se aprecian circunstancias excepcionales que justifiquen su no imposición (523-1.º LEC), experimenta una quiebra cuando se hace una estimación parcial de la misma, pues para ese supuesto el párrafo 2.º de dicho precepto prescribe que «si la estimación o desestimación fueren parciales cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad». Como en el presente caso litigioso que se somete a esta revisión casacional, hubo una estimación parcial de la demanda y las sentencias (ni la de primera instancia, ni la de apelación) no razonan absolutamente nada acerca de la apreciación de temeridad en la conducta procesal del demandante, es evidente que no procedía imponerle las costas de primera instancia, por lo que el motivo ha de ser estimado en lo referente a esa indebida condena que se ha hecho al actor al pago de dichas costas.

Por lo que atañe a las costas del recurso de apelación, el sentido de la resolución de este motivo ha de ser claramente desestimatorio, ya que al haber sido totalmente desestimado dicho recurso de apelación que interpuso el demandante y, por tanto, la sentencia que resolvió el mismo fue totalmente confirmatorio de la de primera instancia, las costas del repetido recurso de apelación han de imponerse expresamente al apelante (art. 750 LEC), al no haber la Sala de apelación estimado motivadamente que concurrieran circunstancias excepcionales que justificaran otro pronunciamiento.

NO CABE REALIZAR EN CASACIÓN UNA NUEVA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL PRACTICADA. (STS DE 31 DE DICIEMBRE DE 1997.)

No cabe alegar la existencia de responsabilidad médica en este trámite de casación tras haber realizado el recurrente una nueva valoración de la prueba practicada, especialmente la pericial que es ajena al recurso de casación y que no permite apreciar un incumplimiento contractual del que se deriva la estimación de culpa en el sujeto incumplidor. Por lo cual no cabe considerar la infracción del artículo 1.101 del Código Civil. Por otra parte, el artículo 1.214 del Código Civil que ha dado lugar a la doctrina de la carga de la prueba, mal enunciada legalmente, profusamente desarrollada en la doctrina y reiteradamente expuesta en la jurisprudencia, se aplica en cuanto hay hechos que no han sido probados y se imputa su falta de prueba a una u otra de las partes litigantes, lo que se resume en la frase «el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de la prueba». Pero éste no es el caso de autos, en que la sentencia de instancia no plantea en ningún momento la falta de prueba sino todo lo contrario, afirma rotundamente unos hechos como probados y de éstos no cabe deducir responsabilidad médica alguna.

SE CONSIDERA CUANTÍA LITIGIOSA INDETERMINADA LOS LITIGIOS DIRIGIDOS A OBTENER LA REPARACIÓN «IN NATURA» DE DESPERFECTOS EN LA EDIFICACIÓN. (STS DE 15 DE DICIEMBRE DE 1997.)

La cuantía litigiosa es inestimable o indeterminada, pues la demanda se dirige a obtener la reparación *in natura* de los defectos aparecidos en la

edificación actora debido a vicios de la construcción o de la dirección. Según las reglas del artículo 1.687.1.º b) LEC es aplicable la causa de inadmisibilidad del recurso al concurrir el requisito de conformidad entre las sentencias de primero y segundo grado. Causa de inadmisión que se convierte en causa de desestimación del recurso.

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA AL NO CENTRAR EL FALLO EN EL OBJETO DEL DEBATE. (STS DE 16 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Es incongruente el fallo de la sentencia de segunda instancia con las peticiones deducidas en la demanda, pues frente a la sentencia de primera instancia que sí centró el debate y falló estimando en parte la demanda, condenando a los demandados hoy recurrentes al pago de cierta cantidad, la Audiencia, en grado de apelación, revocó aquella sentencia en el sentido de condenar al pago del precio que la vivienda de cada uno de los demandados tuviera de acuerdo con la calificación definitiva de viviendas de protección oficial practicada por la Diputación General de Aragón. El TS entiende que es de una evidencia cegadora que la sociedad actora no pidió en su demanda el precio de una compraventa insatisfecho por los demandados, sino lo que creía que tenía derecho a cobrar como gestora y mandataria de los demandados para los fines que ya han expuesto, sin que éstos en su contestación a la demanda formularan reconvención alguna, limitándose en su suplico a solicitar que se acogiesen las excepciones dilatorias expuestas y, si se entraba en el fondo del asunto se desestimase la demanda. Por tanto, la Audiencia ha fallado sobre una controversia distinta de la que nace de la demanda y contestación con sus correspondientes suplicos.

EN LA COFIANZA EXISTE UNA OBLIGACIÓN DE LOS DEMÁS COFIADORES DE RESPONDER AL COFIADOR QUE LA SATISFACE AUN CUANDO SE EJERCITA HIPOTECARIAMENTE POR LA VIA DE LA ACCIÓN REAL HIPOTECARIA, AL COEXISTIR LA FIANZA PERSONAL CON LA REAL HIPOTECARIA. (STS DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1997.)

El artículo 1.844 del Código Civil contiene una notoria especialidad, consistente en la posibilidad de que un cofiador puede dirigirse contra los otros cootorgantes, sin necesidad de demandar al deudor principal, ya que el pago de la deuda avalada entraña un interés común que beneficia a todos los obligados, lo que resultan así liberados de la carga deuditoria asumida.

En el caso de autos la fianza personal que prestaron los siete avalistas coexistió, como específica, con la real hipotecaria a cargo del demandante, la que fue ejercitada judicialmente. No se excluyen ni ésta se sobrepone a aquélla, pues no se constituyeron en forma subsidiaria ni subordinada. Al contrario, se estableció que los fiadores garantizaban el préstamo de forma solidaria e ilimitada, en los mismos términos que el deudor principal. Habiéndose efectuado el pago efectivo de la totalidad de deuda mediante la adjudicación de la finca hipotecada, de cuya titularidad consecuentemente se desposeyó al recurrido, a quien le asiste el derecho de reintegro que postula, pero no extingue las obligaciones contraídas por los otros cofiadores cuando se ha producido el efectivo pago, como aquí acontece.

La cofianza prestada en el contrato configura una obligación de garantía pluripersonal que descansa en intereses coincidentes, de lo que surge el deber de atender la deuda y la consiguiente obligación de los demás de responder frente al cofiador que la satisface, incluyéndose cuando se ejercita hipotecariamente, pues en otro caso se quebrantaría la cofianza solidaria que se estableció en el contrato de préstamo, sobre todo cuando el pago llevado a cabo ni ha sido malicioso, imprudente o prematuro y tampoco obedece a maniobras torcidas, buscando propio beneficio y perjudicando a los demás garantes.

El cofiador que paga la obligación principal en su totalidad, y con mayor razón cuando media reclamación judicial del acreedor, aún por la vía del ejercicio de acción real hipotecaria, está legitimado para reclamar la cuota que corresponde a los restantes avalistas en virtud de la solidaridad asumida, conforme al artículo 1.145 en relación al 1.822.2.º, ambos del Código Civil, y que una interpretación adecuada a la realidad social del artículo 1.844 autoriza admitir la acción de repetición a quien pagó justificadamente por verse constreñido a ello, y han de evitarse siempre situaciones de enriquecimiento injusto, que se producirían si quien, afrontando con sus bienes la satisfacción de la deuda, en beneficio de todos los obligados, no pudiera resarcirse en la cuantía proporcional correspondiente.

LA RESOLUCIÓN EN CASO DE VENTA DE INMUEBLES REQUIERE QUE SE PATENTICE DE FORMA INDUBITADA EL INCUMPLIMIENTO DEL COMPRADOR, NO EXIGIÉNDOSE UNA ACTITUD DOLOSA SINO SIMPLEMENTE QUE SE FRUSTRE EL FIN DEL CONTRATO PARA LA CONTRAPARTE.
(STS DE 5 DE DICIEMBRE DE 1997.)

Los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil no se excluyen sino que incluso se complementan, y que la acción resolutoria contractual que establece el último precepto mencionado determina un «plus» —la existencia de un firme requerimiento— en relación a la acción contemplada en el primer artículo.

La facultad resolutoria del artículo 1.504 en el especial supuesto de venta de inmuebles, como la genérica del artículo 1.124, requiere no un simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el denunciado como incumplidor, sino que es preciso que patentice de forma indubitada la existencia de una voluntad manifiestamente rebelde y obstativa al cumplimiento y que éste sea imputable al comprador, ahora bien, dicho incumplimiento no supone ni mucho menos, una actitud dolosa del incumplidor, sino que simplemente es suficiente que se frustre el fin del contrato para la contraparte, y que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, así como que se dé el dato de un impago prolongado, duradero e injustificado, o que quede sin conseguir el fin económico-jurídico que implica el contrato de compraventa.

En resumen, que para el éxito de la especial acción resolutoria del artículo 1.504 del Código Civil han de concurrir los siguientes requisitos: precio aplazado, impago del precio, voluntad rebelde al cumplimiento, requerimiento judicial o notarial y vendedor cumplidor.

No cabe señalar que falta la voluntad rebelde al cumplimiento contractual, puesto que el requerimiento notarial resolutorio que sirve para cumplir el requisito del requerimiento judicial o notarial quedaba absolutamente invalidado por los anteriores, en los que simplemente se le conminaba al pago de las can-

tidades adeudadas como parte del precio. Tesis ésta inaceptable, pues al tratar de encontrar una dependencia de tracto entre los referidos requerimientos, en el sentido de hacer depender la eficacia resolutoria del último de la indicación de la necesidad de cumplimiento del contrato de compraventa en cuestión, iría contra el voluntarismo esencial que debe predominar en todo el *iter* contractual. Lo que ocurre aquí es que la parte recurrente confunde dichas manifestaciones de voluntad, sólo, se dice sólo, aparentemente contradictorias con la doctrina de la incompatibilidad de ejercicio de la acción de cumplimiento con la acción resolutoria, pero en el presente, la parte recurrida no ha ejercitado en sus requerimientos acción alguna, solamente ha dado a entender su posición, en distintos momentos de la evolución contractual, posiciones —hubo tres requerimientos— perfectamente compatibles y que se deben interpretar en el sentido de estimar las dos primeras, como sendas oportunidades otorgadas a la parte compradora para evitar llegar al contenido del último, verdaderamente traumático para el desarrollo normal del contrato de compraventa de un bien inmueble que ligaba a las partes de la presente litis.

I. I. M.

DACIÓN EN PAGO. (SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 49 de los de Madrid en Sentencia de 20-9-1991 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.^a) en Sentencia de 12-4-1993 estima el recurso de apelación.

El recurso de casación no prospera.

Objeto del litigio.—Nos encontramos ante una deuda de valor que se ha de apreciar en el momento del pago. El contrato no resultó ser nunca cesión de bienes para pago porque no se cedieron para venderlos, cobrar el crédito y restituir el dinero sobrante. Se asemejó más a la pura dación en pago, en la dación en pago coinciden deuda y precio dado a los objetos transmitidos que efectivamente tiene analogía con la compraventa, pero con caracteres propios por su finalidad extintiva de la obligación. En el caso de autos se está ante una novación objetiva de la obligación de pagar la antigua deuda de dinero y la libertad de pacto, a través de cesión de bienes en cantidad equivalente, con derecho de la cedente a recuperar el sobrante si lo hubiere. De tal manera que la imposibilidad de devolver genera el deber de indemnizar tal y como ha dispuesto la Audiencia y cuyo criterio se ratifica por la Sala.

Doctrina de la sentencia.—En realidad, y dada la no viabilidad del recurso de casación, la apoyatura de los motivos que se denuncian, cae por sí misma. Se caracteriza el estudio jurisprudencial que hace la Sala, en tomar cauce en tres sentencias clara y significativamente estudiadas y analizadas y que ahora citamos: STS 11-6-1991, STS 6-11-92, STS 10-11-1992. En las dos primeras se habla de un litisconsorcio pasivo necesario de creación —dice la misma Sala— jurisprudencial, en el que se exige demandar, no ser demandante, a todos los que por tener un vínculo con el derecho material han de quedar necesariamente afectados por la sentencia que se dicte y ello sin haber sido oídos ni darles oportunidad de defensa, pues mantiene que el litisconsorcio necesario

ha de buscarse en la relación jurídico material controvertida en el pleito, debiendo reclamarse la presencia de todos los interesados en ella para impedir en unos casos que resulten afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el pleito. Y también se afirma que la excepción de litisconsorcio necesario se da cuando en virtud de un vínculo que une a una persona con la relación jurídico-material, objeto del pleito, se produce como consecuencia de que la sentencia necesariamente se ha de afectar, lo que exige la presencia de todos los que debieron ser parte.

Por lo que respecta a la última, lo que afirma es que el litisconsorcio activo necesario no existe, aunque en ocasiones se denomine así, que para demandar han de concurrir todos los que conjuntamente son titulares del derecho de disposición sobre el objeto litigioso, pero tal supuesto no genera que la sentencia sea absolutoria en la instancia como sucede con el litisconsorcio pasivo necesario sino que tendrá que ser desestimatoria porque al fondo pertenece la llamada *legitimatio ad causam*.

TERCERÍA DE DOMINIO SOBRE BIENES EMBARGADOS QUE FUERON PROPIOS DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES Y MAS TARDE ADJUDICADOS A UNO DE LOS CÓNYUGES. PRESUPUESTOS DE LA MISMA. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 14 de los de Madrid en Sentencia de 28-11-1990 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 13.^a) en Sentencia de 7-7-1992 estima el recurso de apelación.

Objeto del litigio.—Uno de los cónyuges contrae deudas por impago a la Tesorería General de la Seguridad Social durante un período de cuatro años (1984 a 1988), otorgan escritura de capitulaciones matrimoniales con fecha 1-7-1988 y se lleva a cabo la adjudicación del bien litigioso en el Registro de la Propiedad el 19-10-1988. Y es que en la presente contienda judicial lo único que se discute y supone problema, es hasta qué punto la parte recurrente está vinculada con la deuda del causante del procedimiento de apremio efectuado por la entidad pública recurrida. Toda modificación de régimen económico matrimonial implica que los bienes han de responder directamente frente al acreedor del marido por las deudas por éste contraídas, señalando la responsabilidad del cónyuge no deudor con los bienes que le hayan sido adjudicados, es decir, que existe una responsabilidad de los bienes gananciales, que no desaparece en estos casos por el hecho de esa atribución, lo que determina que, aún después de la disolución de la sociedad, pueden accionar los acreedores contra los bienes gananciales, incluso que hubieren sido adjudicados al cónyuge deudor y ello por exacta aplicación del artículo 1.401 del Código Civil, que concede a los acreedores poderes especiales sobre el patrimonio ganancial, que trasciende y permanece incluso con posterioridad a la crisis que para la sociedad de gananciales implica unas capitulaciones matrimoniales que supongan la disolución de dicha sociedad. Además de mantener que la responsabilidad de los bienes gananciales no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados a cualquiera de los cónyuges.

Doctrina de la sentencia.—Por lo que ahora respecta al caso del que nos ocupamos, resulta ser doctrina consolidada de la Sala el destacar que no se

identifica la acción de tercería de dominio con la acción reivindicatoria, y ello porque la finalidad primordial de la primera no es la recuperación del bien, que de ordinario está poseído por el propio tercerista, sino el levantamiento del embargo trabado sobre el mismo, sustrayéndolo de un procedimiento de apremio. Por eso, hecha esa delimitación sobre la naturaleza jurídica de la tercería de dominio, jurisprudencialmente se ha concretado para el ejercicio con éxito de la misma, la llamada a varios requisitos que son los siguientes:

- en un procedimiento de ejecución o apremio se constituya un embargo sobre un bien cuya titularidad se atribuya al deudor sin ostentarla;
- quien ejercite el dominio exclusivo y excluyente sobre aquél con anterioridad a la constitución de la traba;
- que no esté vinculado de algún modo como sujeto pasivo al pago del crédito para cuya efectividad se realizó el embargo, es decir, que por su enajeneidad a la deuda reclamada ostente respecto a ella la condición de tercero, y
- que la acción de liberación se ejercite antes de otorgarse escritura o consumarse la venta de los bienes.

Se pretende, en base al objeto litigioso al comienzo mencionado, conseguir el medio de satisfacción de los acreedores en el supuesto de modificación de las capitulaciones matrimoniales mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad y lograr con ello una conjunción perfecta entre lo dispuesto en el artículo 1.317 y su concatenación con los artículos 1.401 y 1.402, todos ellos del Código Civil.

TERCERÍA DE DOMINIO PROMOVIDA POR LA ESPOSA RESPECTO A FINCAS GANANCIALES. (SENTENCIA DE 17 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Sevilla en Sentencia de 23-7-1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 2.^a) en Sentencia de 19-4-1993 desestima el recurso de apelación. Prospera el recurso de casación.

Hechos.—Doña Filomena Muñoz Rodríguez promueve tercería de dominio contra la Entidad Banco Español de Crédito, S. A., y don Miguel Higuera Niño, pretendiendo que la sentencia a dictar declare que las fincas embargadas son propiedad de la sociedad de gananciales y que la deuda de su esposo, señor Higuera Niño, era de carácter privativo.

Doctrina de la sentencia.—Sienta de nuevo la Sala el concepto de tercería de dominio, cuya configuración dice viene dada por su objeto, lo que hace que sólo se permita discutir dentro de su ámbito los errores en la atribución de la titularidad del bien embargado sin que quepa discutir cualquier otro tipo de cuestiones. En la instancia resultó acreditado el carácter ganancial de los bienes embargados en el juicio ejecutivo, en cambio, no constó probado que la esposa actora conociera todos los hechos en que se fundó el procedimiento de tercería, la cual plantea el problema del alcance y significación que deba concederse a la diligencia de requerimiento y embargo que en el ejecutivo se llevó a cabo en la persona del marido-ejecutado.

Cuando determinada doctrina jurisprudencial mantiene que en razón a la naturaleza ganancial de los bienes embargados la esposa no puede ser considerada tercero a los efectos del procedimiento de tercería, pues no podemos olvidar que, a diferencia de la reivindicatoria, en la acción de tercería no se trata de declarar ni recuperar el dominio de la cosa, sino de liberar del embargo bienes trabados por no estar en el caso de responder de la deuda en ejecución, excluyéndoles de la vía de apremio, lo que presupone ineludiblemente, la exigencia de que el tercerista no esté de algún modo vinculado, como sujeto pasivo, al pago del crédito para cuya efectividad se realizó la traba, esto es que, con relación a dicho crédito, tenga la condición de tercero, como así viene declarado en diversas sentencias. Además sigue sentando la doctrina, que la situación de tercero ha de admitirse que concurre en la esposa a espaldas de la cual se constituyó la obligación acreditadamente no ganancial, determinante del ejecutivo en el que se embargan bienes de esta naturaleza, sin que en salvaguarda de sus derechos sobre el inmueble común trabado, le fuese notificada ni siquiera la pendencia del procedimiento contra su consorte.

De todo ello resultó que la tercería de dominio promovida por la esposa respecto a las fincas gananciales prosperó al entenderse acreditado que a la esposa no le fue notificado el embargo practicado en la persona del marido.

DENUNCIA UNILATERAL DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 27 de Barcelona en Sentencia de 23-12-1991 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.ª) en Sentencia de 27-2-1993 desestima los recursos de apelación interpuestos.

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Hispano Olivetti, S. A., por contrato de 30-9-1984 concede a don Luis Gamarra Fuentes, con el afianzamiento de su esposa, la venta en exclusiva de sus productos para una determinada zona (Jaén). Dicha concesión se efectúa **en exclusiva**.

Doctrina de la sentencia.—Se parte de la premisa general de que los daños y perjuicios han de ser probados, pues no siempre son consecuencia necesaria del incumplimiento contractual, pero, declarado éste, por regla general es generante *per se* de un daño, un perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral. Así, la jurisprudencia tiene establecido que el incumplimiento contractual no lleva necesariamente aparejados los daños y perjuicios, pero también mantiene que tal doctrina no es de aplicación tan absoluta que, en los casos en que de los hechos demostrados o reconocidos por las partes en el pleito se deduzca necesaria y fatalmente la existencia del daño, sea preciso acreditar su realidad, además de la de los hechos que inexcusablemente los han causado, aparte de que su existencia o no es cuestión de hecho de la libre apreciación del Tribunal de instancia, de tal manera que la afirmación de que los daños y perjuicios no son consecuencia forzosa del incumplimiento ha de matizarse en el sentido de que **no siempre** o de que hay casos en los que sí ocurre.

En el presente litigio, la rescisión, no lo fue de la concesión, sino de la exclusiva y sobre la prueba de los daños y perjuicios sólo existió el dictamen

pericial, que no se tomó en cuenta y que devino en vulnerador del precepto imperativo, ilógico, absurdo y contrario de las reglas de la sana crítica, buen criterio y máximas de experiencia. De tal forma que la pretendida infracción a los artículos 1.101 y 1.214 del Código Civil a la que se alude, perece, no conteniendo los mismos normas valorativas de prueba.

EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN O RETORNO AL AMPARO DEL ARTICULO 43 DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO. EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA TERRITORIAL SU RECHAZO. (SENTENCIA DE 18 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Lérida en Sentencia de 31-12-1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Lérida (Sección 2.^a) en Sentencia de 6-7-1993 no estima el recurso de apelación. No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Con fecha 6-7-1990, el demandado transporta en un camión frigorífico de su propiedad una partida de pescado congelado desde la provincia de Huelva y para depositarla en las cámaras frigoríficas de una firma en Barcelona. La mercancía, en el momento de la carga, se halla en perfecto estado de conservación, resultando posteriormente afectada de forma grave por metanosis, como consecuencia de la descongelación causada por avería mecánica en el sistema frigorífico del camión, causando una serie de daños, cuya suma asciende a una cantidad satisfecha en virtud de la póliza aseguradora de transporte.

Doctrina de la sentencia.—La Sala aseguradora parte de la consideración de auténtico tercero, y no de asegurado del demandado y, por lo tanto, aplica la citada ya en nuestro título dado, de la acción de regreso o de repetición del artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, al sancionar que el asegurado, una vez pagada la indemnización podrá ejercitar sus derechos y las acciones que por razón del siniestro emprendiera el asegurado frente a la persona responsable del mismo, sin que por lo demás, el hecho de que se hubiere acreditado que el transportista abonase en parte la prima de seguro al contratante, tenga trascendencia para elevarle a la categoría de asegurado, en vez de tercero, por cuanto que, como dice la Sala, esa eventualidad sólo funcionaría como un factor de reajuste económico incluido entre la relación del transportista y el otro contratante o asegurado. Y es que nos encontramos ante un claro supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor en el que ninguna culpa o responsabilidad tiene el transportista y, por consiguiente, al mismo no se le puede exigir responsabilidad alguna, se pretende demostrar que el deterioro de las mercancías fue debido a caso fortuito o fuerza mayor, prevaleciendo junto a esto los argumentos de imputabilidad por falta de diligencia del recurrente, que valen para excluir una supuesta inversión de la carga de la prueba, que no se puede aplicar a la acción de repetición que ejercita la aseguradora.

Paralelamente a esto, el legislador, atendiendo al principio general de disposición en materia de competencia territorial y coherente con la finalidad perseguida de que el proceso, una vez establecido, concluyera por resolución que tratase el fondo de la cuestión litigiosa, suprimido el tratamiento dilatorio de la cuestión de la competencia territorial, a los efectos que una vez iniciado

el procedimiento, éste no pudiera verse afectado en su desarrollo, por circunstancias que bien pudieran haberse resuelto con carácter previo. Desde tal perspectiva, la doctrina del Tribunal Supremo ha considerado como único medio hábil para el planeamiento de cuestiones de competencia territorial acudir a los incidentes de inhibitoria o declinatoria previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil de tal manera que la introducción de tal cuestión en la propia contestación a la demanda, en su atención a su inadecuación procesal, ha de reputarse como un supuesto de sumisión tácita.

LA ACCION REIVINDICATORIA. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS. LA DOCTRINA DE QUE NADIE PUEDE IR CONTRA SUS PROPIOS ACTOS. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 37 de los de Madrid en Sentencia de 30-9-1991 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.^a) en Sentencia de 23-6-1993 estima parcialmente el recurso de apelación.

Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—En fecha 31-3-81, la empresa «Construcciones Bigar, S. A.» contrata con la entidad «Agromán Empresa Constructora, S. A.», la ejecución de la estructura metálica del edificio «Gran Casino de Madrid», en Torreldones, y acuerdan literalmente que en concepto de garantía de pago «Construcciones Bigar, S. A.» entregará un depósito durante los meses de abril, mayo, junio y julio de 1981 y a partes iguales, letras de compradores de pisos terminados, aceptadas por los mismos y endosadas a «Agromán».

Doctrina de la sentencia.—En la presente litis, entre lo reconocido como cobrado por el propio demandado y lo admitido como adeudado por él se viabiliza porque la argumentación de la resolución de la Audiencia respecto a las letras de cambio se giraron a la orden de «Agromán, S. A.», que adquirió la propiedad de las mismas según el tenor de las normas del Código de Comercio vigente cuando fueron libradas y, por ende, las negoció como consideró oportuno y el ejercicio de las acciones derivadas del artículo 516 del Código de Comercio contra cualquiera de los obligados al pago en vía directa o en vía de regreso, no obstaculiza la necesidad de considerar la diferencia entre lo admitido por el litigante como recibido mediante dichas cambiales, y la recurrida al recibir un valor económico superior al importe del débito, estará obligado a entregar la diferencia entre uno y otro.

La operación jurídica debatida en nuestro caso no constituye un depósito ni una garantía de pago, y es que la interpretación de los contratos está reservada —mantiene la Sala— a los órganos judiciales de instancia, de manera que no es susceptible de casación, salvo que se demuestre que es ilógica, arbitraria o vulneradora de las normas legales, y la efectuada en la resolución traída a casación no adolece de ninguno de estos defectos, pues, para concluir, las letras objeto de la presente litis no formaban parte de ninguna operación de crédito, sino que su entrega constituía realmente el pago de la obra ejecutada, así como la consideración de que las cambiales fueron giradas a la orden de «Agromán Empresa Constructora, S. A.», de donde deriva que ésta no sólo resultaba tenedora legítima de las mismas, sino que las había

adquirido de manera ajustada a la normativa del Código de Comercio vigente en el momento de su libramiento.

Cuando aludimos en el título que da nombre al comentario de esta sentencia de la aplicación ahora de la doctrina de que nadie puede ir contra sus propios actos, deseamos reiterar el carácter de entrega de las cambiales en garantía y no de cesión para pago.

LA OBLIGACIÓN INCUMPLIDA DE ENTREGA DE UN INMUEBLE GENERA COMO DAÑO MÍNIMO LA PERDIDA DE LA RENTA QUE DEL MISMO PODRÍA OBTENER EL ACREEDOR. (SENTENCIA DE 23 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Soria en Sentencia de 6-5-1990 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Soria (Sala de lo Civil) en Sentencia de 2-7-1993 admite en parte el recurso de apelación.

Prospera en parte el recurso de casación.

Hechos.—Se establece y no discute la existencia de un **contrato de permuta** y desarrolla el presente litigio la necesidad de determinar las contraprestaciones de las partes. La única duda viene determinada en fijar la cuestión accidental, concretada en el interrogante de que se obligaron a entregar los demandados además de vivienda, cochera y cuarto trastero.

Doctrina de la sentencia.—En la presente litis, la entrega de la vivienda, cochera y trastero estaba ya realizada, únicamente faltaba por otorgar la escritura pública. En este orden de cosas, y como ya se ha dicho en numerosas ocasiones, es doctrina reiterada de la Sala la de que la interpretación de los contratos corresponde a la soberanía de los jueces y Tribunales de instancia, cuyo resultado ha de permanecer incólume en casación mientras no se demuestre que es ilógica o vulneradora de las reglas legales y en la que se juzga ahora, se dice, que lo han sido el principio general del Derecho que prohíbe ir contra los actos propios. Dicho principio porque, en acto de conciliación, el demandado reconoció la obligación que contrajo de entregar una serie de elementos de los que construyó en el solar. En esa alusión a elementos hace residir que se trataba de cuotas de propiedad y no de valor. Pero se tiene en cuenta, sin embargo, que si bien el principio que prohíbe ir contra los actos propios, derivación del de buena fe, ha sido recogido y aceptado en innumerables sentencias de la Sala, y ha exigido ciertos presupuestos para su eficacia, entre ellos y muy principalmente, que se trate de actor o declaraciones de significación concluyente e indubitada, no ambiguo o inconcreto.

La posible infracción al artículo 1.101 del Código Civil desestima la petición de indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento del demandado al no haberse probado aquéllos. En contra, argumenta el recurrente que la tardanza en la entrega fueron la causa de aquéllos y que la base está determinada en el valor en la renta de los diferentes elementos se evidencia que los actores probaron en la demanda lo que manifestaron acerca de los daños y perjuicios causados por la falta de entrega de la vivienda, trastero y garaje. Y es obvio que esa falta de entrega implica que, en el peor de los supuestos dejaron de percibir las rentas correspondientes, y siendo el objeto de la entrega viviendas de protección oficial, la renta de la misma está fijada legalmente, y es que ha de tener-

se en cuenta que el incumplimiento de una obligación, cuando no sea dolosa, obliga a indemnizar los daños y perjuicios previstos o que fueran previsibles al constituirse una obligación. La falta de entrega de un inmueble produce de suyo un daño mínimo al acreedor, cual es el representado por su valor de uso, en un daño *in re ipsa*, que obliga a su indemnización.

**CONTRATO DE COMPRAVENTA: EL CONSENTIMIENTO DE LAS PARTES
CONCEPTO DE INCONGRUENCIA: SUPUESTOS. LA MISMA NO SE DA
EN NUESTRO CASO.** (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Málaga en Sentencia de 8-2-1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.^a) en Sentencia de 23-9-1993 desestima el recurso de apelación. No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—La demandante «Kenny Limited» celebra como parte compradora el 30-11-1987, y en documento privado, contrato de compraventa, siendo parte vendedora «Inmobiliaria Fontanilla Azul, S. A.», el pago del precio se pacta en tres plazos. Se efectúan los dos primeros y el tercero a la entrega de las llaves del piso, pero no se hace entrega ni el pago del último plazo citados.

Doctrina de la sentencia.—Se parte en este caso de un contrato de compraventa perfeccionado con el consentimiento de las partes. Lo que sucede realmente en la litis no se puede tachar de incongruencia sino de que no se tiene en cuenta un hecho concreto ni se menciona en la sentencia un medio de prueba determinado y que conduce a lo que se debatió en la Sala.

Como ya hemos aludido, la incongruencia no se da en nuestro caso, pues para decretar si una sentencia es incongruente o no, se ha de atender a si concede más de lo pedido o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes, siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita, exigiéndose para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda, en el de contestación y en la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión que no ampara el principio *iura novit curia*.

**NOVACIÓN MODIFICATIVA EN LA QUE NO EXISTE INTENCIONALIDAD
EXTINTIVA.**(SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Huelva en Sentencia de 16-10-1992 estima esencialmente la demanda. La Audiencia Provincial de Huelva en Sentencia de 31-5-1993 estima el recurso de apelación.

No ha lugar al recurso de casación.

Hechos.—Con fecha 25-2-87, las Compañías Mercantiles «Marpe, S. A.» y «Sociedad Colombina de Promociones Inmobiliarias, S. A.», suscriben con-

trato por el que la primera entrega a la segunda una finca urbana y a cambio de dicha entrega recibe un local de negocio y siete plazas de garaje a construir en el solar resultante del derribo del edificio antes citado. En fecha posterior, deciden ambas ampliar los acuerdos y suscribir un documento en el que proceden a una nueva venta en la que se deciden otros acuerdos.

Doctrina de la sentencia.—Es necesario, y así se mantiene por la Sala, precisar la diferencia entre **la novación propiamente dicha y la significación económica de la alteración producida**, pues en nuestro litigio se amplía el objeto, el valor de la operación y el plazo, pero se ratifican los demás compromisos sin propósito extintivo alguno.

ACCION REIVINDICATORIA. CONGRUENCIA DE LAS SENTENCIAS. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Vitoria en Sentencia de 20-1-1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Vitoria en Sentencia de 30-7-1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—El artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil consagra el principio de congruencia de las sentencias, exigiendo que haya una correspondencia o adecuación sustanciales entre el **fallo** de la sentencia respectiva y el *petitum* de la demanda, en relación con la *causa petendi* de la misma, pero no impone en modo alguno que el **fallo** haya de ajustarse rigurosamente a los términos literales en que aparece redactado el *petitum* de la demanda. Las expresadas adecuación o correspondencia sustanciales existen indudablemente en el presente caso, pues habiéndose pedido sustancialmente en la demanda, como consecuencia de la acción reivindicatoria ejercitada, que se declare que los actores son los propietarios de las fincas litigiosas y que se condene a los demandados a restituirles la posesión de las mismas, que indebidamente las ocupan y a indemnizarles de los daños y perjuicios causados por esa indebida ocupación, la sentencia aquí recurrida realiza estrictamente los adecuados pronunciamientos acerca de esos pedimentos sustanciales de la demanda y nada más que acerca de ellos.

LA OBLIGACIÓN DE PAGO. (SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Málaga en Sentencia de 11-11-1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.^a) en Sentencia de 24-9-1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Doña Esther Barrionuevo Redondo interpone demanda contra la empresa «López Hermanos, S. A.», en donde reclama el pago de las cantidades correspondientes a la renta vitalicia remuneratoria que le fue reconocida en su día por dicha entidad en base a un acuerdo de la Junta General de 24-6-1974, y a la que dicha Junta denomina pensión vitalicia de viudedad.

Doctrina de la sentencia.—Parte ahora la Sala de la licitud del acuerdo concediendo la pensión controvertida a la actora, la califica como una renta vitalicia recompensatoria a título gratuito que es vinculante, por cuanto existe una aceptación tácita. Y se tienen en cuenta los artículos 1.802 y siguientes del Código Civil, en cuanto a la consideración de una renta vitalicia cuyo contenido ha de cumplirse por parte del obligado, lo que doblega el motivo que postula la existencia de una acción de impugnación de un acuerdo de una Junta. Se denuncia la infracción en que incurre la sentencia de varias decisiones del Tribunal Supremo, puesto que la propia recurrida dice «que si el acto procesal efectuado no tiene carácter de requisito legal, previo al ejercicio de la acción, carece de eficacia interruptiva de la caducidad», que en el supuesto de autos se inicia con una reclamación y se persiste en ella, en jurisdicción equivocada, en relación con el seguimiento por la actora en el reconocimiento del orden laboral como el competente. La cuestión que se plantea estriba en si el ejercicio de la acción en un procedimiento inadecuado supone un acto impeditivo de la caducidad que suspenda el plazo de la misma. Y es que la calificación jurídica de todo contrato responde a una labor de interpretación y ésta es facultad privativa de los Tribunales de instancia y su criterio ha de prevalecer en casación, aún en caso de duda, a no ser que el resultado fuese notoriamente ilógico.

Por último decir, que resulta absolutamente inoperante e intrascendente el basar en falta de provisionamiento de fondos la obligación de pago de la citada renta, y ello porque se establece de forma lícita una obligación de pago en atención a los méritos del marido muerto de la actora, la falta de medios o no estar previamente respaldada con la cobertura de recursos para la satisfacción de su importe, es algo que no puede repercutir en demérito o perjuicio del legítimo acreedor a la satisfacción del crédito correspondiente.

RETRACTO. (SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Granada en Sentencia de 7-1-1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.^a) en Sentencia de 12-7-1993 estima el recurso de apelación.

El recurso de casación se estima parcialmente.

Doctrina de la sentencia.—Se mantiene por la Sala el hecho de que la obligación de consignar se refiere únicamente al precio de la venta y no al de los gastos del contrato y demás pagos legítimos que se pueden abonar con posterioridad cuando sean conocidos. En el presente caso el actor presentó su demanda consignando las cantidades adeudadas por el concepto de la venta y las restantes cuando fueron conocidas, lo que se produjo cuando el demandado las pone de manifiesto en su escrito de contestación a la demanda, sin que se pueda estimar la alegación de que el actor era conocedor de los mismos con anterioridad a la interposición de la demanda. Se deduce, en el devenir de la Sala, que los únicos pagos legítimos que el actor estaba obligado a abonar los efectuó, por lo que cumpliendo los requisitos del artículo 1.518 del Código Civil, procede acceder al retracto, pero no concede plenamente la cantidad a abonar, pues la modifica, rechazando sumas que el actor reclamaba como gastos legítimos, por lo que no cabe entender que sean estimados todos los pedimentos, lo que implica inexistencia de un vencimiento objetivo

pleno debiendo, en consecuencia, abstenerse de la imposición de costas, a no ser que, lo que no sucede en el presente supuesto, se razone su imposición en base a la temeridad procesal de los demandados.

En realidad, la parte actora entró a conocer si dentro de los ya aludidos «gastos legítimos» debían entrar y considerarse incluidos también los de corredor, abogado y préstamo bancario. Respecto a los primeros (los de corredor), no porque los mismos provienen de un contrato de agencia entre el vendedor del inmueble y la persona llamada como mediador, por lo que entre ellos producirá efectos. En lo que respecta a los del abogado, que el demandado considera necesarios por las especiales circunstancias del local, en cuanto a titularidad y embargos, sin negarlos, no se pueden imputar al actor porque no se entiende la razón por que el adquirente del bien deba hacer investigación respecto a la titularidad y cargas que soporta el mismo, pues el vendedor es el único responsable del objeto vendido. Y, por último, en lo que respecta a los del préstamo pedido por la demandada, pues no es cuestión que le afecte los medios tenidos que utilizar para hacerse con liquidez suficiente para adquirir el inmueble.

LOS LÍMITES DE LA CUANTÍA INDEMNIZATORIA.(SENTENCIA DE 28 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Calahorra en Sentencia de 20-11-1992 estima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Logroño en Sentencia de 15-9-1993 desestima el recurso de apelación. Triunfa el recurso de casación.

Hechos.—La cuestión litigiosa surge como consecuencia de las incidencias que surgen en las relaciones contractuales entre la Compañía «Allianz Industrial, S. A.» y la sociedad «Ardes», Corredor de Seguros, encargada del cobro de recibos a los asegurados, cuando la aseguradora deja de entregar a la sociedad «Ardes» nuevos recibos para su cobro.

Doctrina de la sentencia.—Trata el presente caso, no de controversia sobre la cuantía indemnizatoria a satisfacer por el asegurador, sino que la negativa de ésta a asumir las consecuencias del siniestro se basó en no reconocer la vigencia de la póliza por impago de la prima correspondiente al período en que se produjo el siniestro, atendidas las circunstancias concurrentes al caso queda justificada la negativa de la aseguradora a asumir el siniestro al haber sido necesario acudir a la vía judicial para determinar la corrección y eficacia del pago de la prima por el asegurado en la forma en que se hizo, en el sentido de dejar sin efecto el pronunciamiento condenatorio al pago del interés de mora del 20 por 100.

Se analizan también por la Sala dos conceptos: uno, a qué se le llama congruencia, y otro, la función del recurso de apelación. Por lo que a la primera se refiere, la congruencia como tal principio, y así lo ha venido interpretando la Sala a través de una copiosa jurisprudencia que implica una normativa que limita las facultades del Tribunal, se constriñe a resolver según los términos en que se plantea su debate y habida cuenta de las pretensiones de los litigantes deducidas en momento procesal oportuno, siendo preciso discernir si una resolución es o no incongruente, formular un juicio compa-

rativo para deducir si el juzgador se acomodó a las pretensiones que le fueron formuladas por el actor, y tuvo en cuenta también la oposición, mostrándose fiel al contenido del debate, tanto por lo que se refiere a las personas intervinientes como a los términos en que se sostuvo aquél en relación con el objeto del pleito y la acción o acciones ejercitadas.

En cuanto a las facultades del Tribunal de apelación, es doctrina de la Sala la de que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, aún concibiendo el recurso de apelación como simple revisión del procedimiento primitivo anterior, sin posibilidad de reiteración en todos sus términos permite, sin embargo, al Tribunal *ad quem* conocer y resolver todas las cuestiones planteadas en el pleito, pues cuando la apelación de formular sin limitaciones somete al Tribunal que de ella entiende el total conocimiento del litigio en términos que le faculta para valorar los elementos probatorios y apreciar las cuestiones debatidas según su propio criterio, dentro de los límites de la obligada congruencia, y es que aún decimos más, en nuestro sistema procesal, la segunda instancia se configura con algunas salvedades en la aportación de material probatorio, con facultad para revisar todo lo actuado por el juzgador, tanto en lo que afecta a los hechos, *quaestio facti*, como en lo relativo a las cuestiones jurídicas, *quaestio iuris*, para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales o sustantivas que eran aplicable al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la *reformatio in peius* y la imposibilidad de entrar a conocer aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación.

EL PRINCIPIO JURIDICO-PROCESAL DE LA CONGRUENCIA. (SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Málaga en Sentencia de 1-10-1992 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4.^a) en Sentencia de 17-7-1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal tiene declarado, y así lo evidencia en este litigio, que el principio jurídico-procesal de la congruencia, que da título a nuestro comentario, puede verse afectado por la falta de concordancia entre los elementos fácticos en apoyo de sus pretensiones y los acogidos por los Tribunales cuando les sirvan de fundamento esencial para emitir el fallo, no lo es menos que cabe apreciar su realidad y existencia de acuerdo con el resultado de la prueba practicada, cosa que no puede provocar una incongruencia, no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia, por ello, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entiende más ajustada.

PARTICULARIDAD DEL EMPLAZAMIENTO. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Zaragoza en Sentencia de 2-9-1992 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de

Zaragoza (Sección 2.^a) en Sentencia de 2-6-1993 desestima el recurso de apelación interpuesto.

No ha lugar al recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—Se considera viable el emplazamiento que se efectúa hacia la parte recurrente, pues el domicilio al que se dirigió era el que constaba en el contrato de arrendamiento por ella suscrito.

LAS NORMAS CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS 1.281 A 1.289 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Fuengirola en Sentencia de 28-1-1993 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6.^a) en Sentencia de 7-9-1993 desestima el recurso de apelación.

No triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—La presente litis deja patente el sentir de la Sala acerca de que las reglas o normas de interpretación contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial y prioritario la correspondiente al párrafo 1 del artículo 1.281, de tal manera que si la claridad de los términos del contrato no dejan duda sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes, que vienen a funcionar con carácter subsidiario respecto a la que preconiza la interpretación literal, consecuencia de esta subsidiariedad que existe entre dichos preceptos interpretativos. Además de no ser admisible la cita del artículo 1.281 del Código Civil sin especificar cuál de sus dos párrafos es el que se considera conculcado por la sentencia recurrida, ya que, dado el criterio interpretativo que en cada uno de ellos sienta, es claro que no pueden ser infringidos ambos en el mismo sentido, porque además la interpretación de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia cuyo resultado ha de ser mantenido en casación salvo que sea ilógico, arbitrario o conculcador de alguna norma de hermenéutica contractual.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. LOS ARTÍCULOS 1.124 Y 1.504, AMBOS DEL CÓDIGO CIVIL.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Las Palmas de Gran Canaria en Sentencia de 26-3-1992 desestima la demanda. La Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria (Sección 3.^a) en Sentencia de 8-7-1993 estima parcialmente el recurso de apelación,

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Desde el mes de octubre de 1989 hasta al parecer, la actualidad, con excepción de la mensualidad de mayo de 1990, los demandados dejan de pagar el 50 por 100 del precio de la vivienda que adquieren en septiembre de 1986 y sin acreditarse las supuestas dificultades económicas que sufren, lo cierto es que vienen disfrutando de la vivienda desde hace ya casi ocho años.

Por lo que no se puede hablar de un mero retraso en tal cumplimiento sino que su reiterado incumplimiento se ha convertido en norma de actuación de los demandados, y ese impago es debido a una voluntad negativa de los mismos, que viene a frustrar el fin económico-jurídico de la compraventa convenida y de las legítimas aspiraciones de la vendedora.

Doctrina de la sentencia.—A la vista de los hechos acabados de enunciar, se evidencia que no cabe aludir a que los demandados hayan adoptado una voluntad deliberadamente rebelde y en este aspecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sienta el criterio de que para la viabilidad de la resolución de la compraventa de inmuebles por incumplimiento es absolutamente necesario una actitud **deliberadamente rebelde** y pretende calificar así la conducta de los recurrentes después de haber abonado más de la mitad del precio de la vivienda equivaldría a desvirtuar el fundamento del precepto legal, siendo de señalar otros factores que excluyen la actitud dicha.

Además, y paralelamente a lo antedicho, la Sala viene proclamando que los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, no se eluden entre sí, sino que se complementan, en el sentido de que la regla general que, con carácter general, para toda clase de obligaciones recíprocas, contiene el primero, se aplica al segundo cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, y así ha sido doctrina jurisprudencial reiterada que la aplicación de la facultad resolutoria del artículo 1.504 del Código, en el especial supuesto de la venta de inmuebles, como la genérica del artículo 1.124 del mismo cuerpo legal, requiere no un simple retraso en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el denunciado como incumplidor, sino que es preciso se patencie de forma indubitada la existencia de una voluntad manifiestamente rebelde y obstativa al cumplimiento y que éste sea imputable al comprador, presupuesto material cuya apreciación incumbe a la Sala de instancia. La doctrina más reciente de la Sala viene proclamando que la resolución a tenor del artículo 1.504 no requiere una actitud dolosa del incumplidor, que es lo que apunta la frase **actitud deliberadamente rebelde** al incumplimiento, sino que es suficiente que se tustre el fin del contrato para la contraparte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando con que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó y siendo aconsejable la resolución en los que concurran el impago prolongado, duradero, injustificado o quedar frustrados el fin económico-jurídico que implica el negocio de compraventa y las legítimas aspiraciones del vendedor, y aconsejable, asimismo, mantener el pacto, en homenaje a la voluntad contractual, cuando no aparezca definida e incuestionable una decidida voluntad negativa.

SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR. SU EXTINCIÓN. (SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de San Sebastián en Sentencia de 19-2-1993 estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección 1.ª) en Sentencia de 29-9-1993 estima en parte el recurso de apelación.

Prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—La sociedad civil irregular, tal y como se conceptúa, se rige por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes, conforme dispone el artículo 1.669 del Código Civil, pero esta afirmación se circunscribe exclusivamente al régimen de las relaciones internas sobre los socios durante la vida de la sociedad, **pero no para el supuesto de disolución de la misma, que trata nuestro caso**, cualquiera que sea su causa, la cual no puede regirse estrictamente por lo preceptuado en los artículos 400 y 404 del Código Civil, pues al estar el patrimonio de la sociedad, aunque sea irregular integrado por un heterogéneo activo y un pasivo, para poder conocer cuál sea el haber partible es absolutamente imprescindible llevar a efecto su previa liquidación, que es lo que con acierto resuelve la sentencia recurrida. Así, en nuestra litis, se argumenta en esencia **que queda declarada extinguida la sociedad civil irregular existente** entre los litigantes, habiendo de realizarse su liquidación aplicando las reglas establecidas para la partición de las herencias y al no acordarlo así la Sala *a quo* y practicar en la sentencia de liquidación ha infringido el artículo 1.708 del Código Civil, pues debió remitir a la fase de ejecución de sentencia la liquidación del patrimonio social de acuerdo con las normas, tanto sustantivas como procesales, establecidas para la partición de herencia, liquidación que está referida al momento en que se tiene por extinguida la sociedad y no hacerlo así resulta conculcado.

INCONGRUENCIA OMISIVA. (SENTENCIA DE 31 DE JULIO DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Granada en Sentencia de 20-11-1991 estima en parte la demanda. La Audiencia Provincial de Granada (Sección 4.^a) en Sentencia de 3-5-1993 confirma la de Primera Instancia. Triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—Se alega infracción por inaplicación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que da lugar a incongruencia omisiva por no contenerse en el fallo de la resolución recurrida mención alguna acerca de la obligación de otorgar escritura de compraventa de finca de autos, y porque al estimarse la demanda se obliga y se condena a los demandados a abonar en el plazo que se fija la parte del precio adeudada, sin que, por el contrario, se incluya en el fallo la condena a la correspondiente obligación de otorgarse, simultáneamente a la entrega del precio y como se pedía en la demanda y se aceptaba en los fundamentos de la sentencia la escritura pública de venta.

EL CAMBIO DE LUGAR DE OBJETOS ASEGURADOS DETERMINA LA SANCIÓN DEL ARTICULO 47 DE LA LEY DE SEGURO PRIVADO. (SENTENCIA DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Madrid en Sentencia de 22-6-1992 desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19.^a) en Sentencia de 9-6-1993 desestima el recurso de apelación.

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Se reclama el importe correspondiente a una indemnización por los daños sufridos en un siniestro ocurrido el 24-9-1986 en unos almacenes de la entidad demandante, causados por un incendio más el 20 por 100 de incremento por demora. La actora alega que a través de una carta remitida a la Compañía de seguros con fecha 10-10-1985, comunica que los objetos asegurados han sido depositados en un solar al aire libre, pretendiendo, dice, se le aumente el riesgo cubierto en su póliza, así como el incremento de la prima.

Doctrina de la sentencia.—Es cierta, y así queda demostrado en autos, la existencia de la póliza de seguros y el riesgo cubierto por la misma, y también lo es la comunicación que la actora le hace a la Compañía aseguradora del escrito de ampliación del riesgo al trasladarse los objetos asegurados a un solar al aire libre contiguo a la nave donde anteriormente habían estado depositados (y que tiene lugar por quedar pequeño el sitio anterior) pretendiendo se aumentase la cuantía de la prima, cuando realmente lo que se pretende no es la alteración del riesgo suscrito, sino la ampliación de la cobertura por la adición de una determinada máquina. La Sala, a la vista de los hechos aducidos y de la prueba que se practica, declara la inautenticidad del escrito de ampliación, así como de la procedencia del incremento de la prima aludida, pues no se debía a una nueva cobertura del riesgo, por lo que se aplica por la Sala *a quo* la sanción del artículo 47 de la Ley de Seguro Privado que da título a nuestro comentario, pues la misma prescribe, respecto al Seguro de Incendios, que «la destrucción o deterioro de los objetos asegurados fuera del lugar descrito en la póliza excluía la indemnización del asegurador, a menos que su traslado o cambio hubiera sido comunicado previamente por escrito y éste no hubiese manifestado en el plazo de quince días su disconformidad», disconformidad ésta que sobra constatada a través de las actuaciones penales que se tramitaron.

CONTRATO DE SEGURO. ES NECESARIA LA FIRMA DE LA PERSONA OBLIGADA O DE OTRA EN SU NOMBRE PARA LA EFICACIA DE UNA OBLIGACIÓN CONTRAÍDA POR ESCRITO. (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Baza en Sentencia de 9-4-1992 estima la demanda. La Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.^a) en Sentencia de 21-9-1993 revoca la sentencia apelada.

El recurso de casación prospera.

Hechos.—Acaecimiento de un evento garantizado por un contrato de seguro concertado con la entidad «Lloyd Adriático España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.», relativo a los efectos económicos derivados de la responsabilidad civil por la demolición de una vivienda unifamiliar y del desmonte de unos metros en la parte trasera del edificio.

Doctrina de la sentencia.—La Sala tiene declarado que las fotocopias no adveradas ni cotejadas con sus originales, carecen de fuerza probatoria respecto de su contenido y, en esta línea, corresponde aplicar dicha secuela al documento en que la sentencia traída a casación fundamenta su fallo, consintiendo en una fotocopia de esas características, aportado por la demandada

con su escrito de contestación, referido a una solicitud de seguro de todo riesgo para la construcción sin suscribir por la persona obligada a su firma, pues consta en blanco el espacio reservado para la firma del tomador del seguro/el asegurado e impugnado expresamente por la recurrente en el acto de comparecencia dispuesto en el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además de que, la aceptación de ese documento como prueba, vulnera la reiterada doctrina jurisprudencial atañente a que **para la eficacia de una obligación contraída por escrito es esencial la firma de la persona obligada o de otra en su nombre**, y esto lo conforman Sentencias como las de 3-5-77 y 2-10-80, y, *a sensu contrario*, en la de 17-2-1992, la cual señala que el reconocimiento de la firma lo es de un hecho pretérito y acredita no sólo la intervención y admisión de lo que el documento refiere, sino que también es la prueba endógena de lo que contiene, porque al integrarse en el documento lo autentifica en cuanto lo finaliza, cierra y ratifica en lo que expresa. Así, las circunstancias relativas a la impugnación del referido documento, su falta de cotejo y la ausencia de firma provocan la aplicación del artículo 1.214 del Código Civil, que opera como principio supletorio para la coyuntura de que las partes no hayan desarrollado actividad probatoria dentro de las facultades de disposición de que gozan en los procesos civiles en relación a su situación y disponibilidad de medios al efecto, lo que determina que las consecuencias negativas y perjudiciales de la omisión demostrativa de un hecho concreto afectarán al litigante obligado a ello, salvo que aparezca suficientemente probado y en nuestra litis es evidente que «Lloyd Adriático España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.», a quien correspondía demostrar la veracidad del documento cuestionado, no propuso justificación alguna sobre este particular, de manera que la Sentencia de instancia alteró la carga de la prueba que competía a la recurrida y no a la recurrente.

Asimismo, procede indicar que, en este caso, no se cumplieron las previsiones del artículo 10 de la Ley 50/80, conforme al cual, el cuestionario previo actúa como instrumento definido para poder concretar la concurrencia del actuar incumplidor contractual que se imputa al asegurado, de manera que, constatada la ausencia del mismo, ha sido la compañía la que no acomodó su actuación al citado precepto, pues los aseguradores han de someter a cuestionario a los futuros contratantes con respecto a todas aquellas circunstancias que les sean conocidas para la adecuada valoración, de forma que el deber del tomador se ha de conjugar con el deber de respuesta al cuestionario a que debe someterle la entidad aseguradora.

TERCERÍA DE DOMINIO SOBRE INADMISIÓN A TRAMITE POR NO REUNIR EL ACTOR LA CONDICIÓN DE TERCERISTA. (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La Mercantil «Mundo 3, S. A.», acusa infracción del artículo 10 de la Ley de Procedimiento Laboral, Decreto de 23-11-1979 y precepto 377 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues se debate una actuación procesal ajena al pleito civil, no susceptible de revisión en vía casacional en todas sus incidencias y consecuencias, pues el demandado plantea oportunamente recurso de reposición que admite a trámite la tercería de dominio interpuesta, pero el

motivo es rechazado, pues se está planteando una cuestión nueva no alegada a trámite ni en apelación, por lo que el Tribunal de Instancia no la decidió, con lo que se priva de la posibilidad de su revisión casacional.

Doctrina de la sentencia.—La querella criminal interpuesta por la recurrente no se consolidó por sentencia penal condenatoria para el demandado de referencia, pues contenía pronunciamiento absolutorio respecto a los delitos denunciados de falsedad documental y estafa procesal. La sentencia recurrida negó a la sociedad que recurre la condición de tercerista en base a no reconocerle tal condición —no deudor—, ya que si bien adquirió el inmueble litigioso por medio de escritura pública y en el que se hizo constar expresamente la existencia del embargo preventivo decretado en el proceso laboral para atender a responsabilidad que proceda por reclamación de los trabajadores y se subrogó en las obligaciones de la vendedora que le correspondían como demandada, no le asistía la posibilidad de tercero que la habilitara para interponer tercería de dominio, toda vez que la Ley Procesal Civil exige tal condición —arts. 1.532 y 1.533—. La subrogación en todas las obligaciones con la consiguiente asunción de deudas llevada a cabo, opera como integrante del precio de compra y se efectuó en forma amplia, sin condicionamiento ni limitación cuantitativa expresada en cuanto se proyectan todas las obligaciones contraídas respecto a los débitos laborales que procedieran y resultasen justificadas frente a los trabajadores a cargo de la parte que vendió el inmueble. La existencia y reconocimiento del embargo precedente de la venta pública se impone en todas sus consecuencias, pues desde el momento de la traba queda a resultas de la misma cualquier derecho dominical adquirido con posterioridad y con mayor intensidad eficiente cuando se tiene conocimiento cabal de la misma.

LA POSESIÓN DE MALA FE NO PUEDE FUNDAMENTAR UNA PRETENSIÓN DE ENRIQUECIMIENTO INJUSTO. (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

No triunfa el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—La mala fe en la posesión, a pesar de la antítesis de la buena fe no necesita o no se plantea para su configuración en la no eficacia del título como su contraría que exige para su constitución un elemento objetivo: el título, y un elemento subjetivo: el desconocimiento o ignorancia en su actuación. Y es que el poseedor de mala fe no quiere decir que sea un poseedor de no recta moral, sino simplemente saber que la posesión que se tiene por ciertas razones, carece de justificación. Esta tesis ha conducido a la construcción de una jurisprudencia constante y pacífica por la que la Sala Primera del Tribunal Supremo ha declarado que la concurrencia de mala fe en la posesión es una cuestión de hecho cuya apreciación queda reservada a los Tribunales de instancia, y que en concreto la mala fe es un concepto jurídico que se apoya en la valoración de conductas a través de unos determinados hechos.

Así, en la sentencia recurrida se ha proclamado paladinamente la mala fe en el recurrente, cuando en uno de sus fundamentos jurídicos se afirma que la misma se derivaba de un incumplimiento de las obligaciones que le incum-

bían como comprador de la finca en cuestión y, además, porque en lugar de pagar el total del precio de la cosa, se dedica a realizar costosas inversiones que exceden con mucho del concepto de gestor de la explotación o de mera conservación.

Se incurre a lo largo del proceso en el vicio procesal casacional denominado, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, supuesto de la cuestión.

Paralelamente a lo antedicho, se trata en este caso, la figura jurídica del enriquecimiento injusto, la aludida figura de antigua raigambre en nuestro Derecho no aparece regulada directamente en nuestra legislación, salvo de manera colateral con el artículo 10.9 del Código Civil, es una creación totalmente jurisprudencial construida como una atribución patrimonial sin causa y debe reunir un enriquecimiento por parte de una persona, un empobrecimiento por parte de otra y la inexistencia de un precepto legal que excluye la aplicación de este principio del derecho. Dicha tesis se trata de relacionar con el principio de equidad, entendida ésta como un concepto de derecho natural o como una manifestación del principio de igualdad, o como moderación de la norma jurídica o como manera de solucionar contiendas judiciales, es el fundamento de la figura jurídica constituida por el enriquecimiento injusto. Tras este breve examen de dichas figuras, ve claramente la Sala que en nuestro caso no puede refulgir la figura del enriquecimiento injusto como derivación del principio de equidad en el Derecho, por razón de que el recurrido no tiene utilidad ninguna en la explotación de la finca, con lo que falta uno de los requisitos esenciales para poder aplicar a esta litis las consecuencias del enriquecimiento injusto, pues no hay nada que restituir.

SOCIEDAD CIVIL IRREGULAR. (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1997.)

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Se solicita la declaración de vigencia de una sociedad civil a regir por las normas del contrato societario y complementariamente por las disposiciones del Código Civil, pero se advierte que no aparece acreditado que el actor haya contribuido con concreta aportación a la formación de la sociedad y además se añade que el riesgo que la figura jurídica de la sociedad conlleva no es asumido por el actor que tiene fijada la percepción de una cantidad concreta sin hacerse referencia a aumento o disminución de la misma.

Doctrina de la sentencia.—Según doctrina reiterada de la Sala, la confesión no tiene preferencia sobre los demás medios de prueba y debe apreciarse conjuntamente con ellos. En este sentido también decir que la sentencia impugnada no tiene como fundamento de su fallo una cuestión de interpretación de las cláusulas oscuras del contrato objeto del litigio sino la declaración de inexistencia del contrato de sociedad civil irregular fundamento de la pretensión deducida por el actor y recurrente. Por ello declara que la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención de los contratantes y de las declaraciones de voluntad que lo integran, no de la denominación que formalmente le hayan atribuido aquéllos, siendo el contenido real del contrato el que en definitiva determina su calificación, todo ello conforme a la doctrina establecida por esta Sala. Proclamada la inexistencia del contrato de sociedad como hecho que no es susceptible de impugnación, no es posible afirmar con

fundamento que sea la indebida interpretación de las cláusulas oscuras lo que incide y determina el fallo.

La existencia o inexistencia de un contrato es una cuestión fáctica y su constatación es facultad privativa de los Tribunales de instancia. Y es que nuestra cuestión litigiosa está centrada en la existencia o inexistencia del contrato de sociedad entre las partes litigantes y la Sentencia de instancia, pues no existió el contrato de sociedad porque no aparece acreditado que el actor contribuyera con concretas aportaciones a la formación de la sociedad y tampoco consta que compartiera el riesgo que conlleva la relación societaria.

Para determinar la conformidad o no de una sentencia en relación con los pedimentos que la sirven de base se ha de utilizar como elemento de contraste, los esenciales de la pretensión deducida, como son los sujetos, el objeto y el título de pedir.

CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA. (SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 1997.)

No prosperan los recursos de casación interpuestos.

Hechos.—La Compañía Mercantil «Rodríguez Montalvillo Construcciones, S. A.» promueve juicio declarativo de menor cuantía contra la también mercantil «Promociones Inmobiliarias Anber, S. A.», con motivo de la celebración de un contrato de arrendamiento de obra cuyo objeto era la construcción de un edificio de viviendas, locales comerciales, garajes y trasteros.

Doctrina de la sentencia.—Hemos de diferenciar los dos recursos interpuestos. Así, por lo que respecta al de la entidad «Rodríguez Montalvillo Construcciones, S. A.», hemos de argumentar que no es admisible en casación pretender una valoración distinta de la efectuada por la Sala de instancia respecto a los documentos aportados, pues con independencia de la recepción de la obra ejecutada y de su disposición por la sociedad propietaria, no es posible entender la demanda principal interpuesta por la sociedad constructora como una reclamación que se limita a los concretos conceptos relacionados, aparte de la vinculación que comporta el hecho inalterable en casación y estimado por el Tribunal *a quo* respecto a no resultar acreditado que se hayan practicado las liquidaciones provisionales o definitivas pactadas. Y, por lo atinente al interpuesto por la entidad «Promociones Inmobiliarias Anber, S. A.», se dispone su inviabilidad, pues aparte del respeto que merece la interpretación de los contratos por el órgano de instancia, salvo que incida en carente de ilógica, no resulta acertada, pues si bien se le impone al contratista una determinada sanción económica, si se retrasa en la ejecución de la obra, ello es sin perjuicio de las facultades de la propiedad para optar por la resolución del contrato, en cuyo supuesto se podrán exigir las indemnizaciones que procedan por daños y perjuicios, y por otro lado, confiere la posibilidad de reclamar daños y perjuicios a la contratante, que no hubiera incurrido en incumplimiento total o parcial, por todo lo cual es difícil sostener la independencia entre los conceptos, pero es que, además, se mantiene por la Sala que la tesis expuesta no resulta conciliable con los presupuestos fácticos establecidos en la sentencia recurrida: que la acción de resarcimiento exige para su progreso

la liquidación del contrato respecto del cual ambas partes han sido incumplidoras, pues la entidad reconviniendo pudo lograr la resolución del contrato y no lo hizo y no resultó acreditado la práctica de liquidaciones provisionales o definitivas, todo ello sin contar que la sentencia confirmó la de instancia en sus pronunciamientos respecto a la reconvención.

TERCERÍA DE DOMINIO, AUSENCIA DE TÍTULO. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1997.)

No ha lugar al recurso de casación.

Hechos.—La recurrente transmite un solar en escritura pública de 19-9-81 e inscripción registral, pasando a ser titular dominical la Cooperativa de Viviendas Santiago. La transmisión del dominio tendrá como contraprestación la obligación contraída de construir y entregar obra por el solar recibido. Por deudas de la constructora se ejecutaron letras y se embargaron bienes de la ejecutada entre los que se encuentran el inmueble del que es titular registral.

Doctrina de la sentencia.—La Sala se aleja ahora de la primitiva equiparación conceptual de la tercería de dominio y la acción reivindicatoria, para pasar a sostener que la tercería de dominio tiene por objeto liberar del embargo bienes indebidamente trabados, excluyéndolos de la vía de apremio. El exigir título de dominio no excluye el derecho del dominio contraído en escritura pública de permuta de solar por obra a construir porque desconocerlo es facilitar a los constructores la posible trampa de originar un embargo antes de entregar lo construido. Y es que si el título puede ser cualquier acto jurídico que ha producido el dominio, no cabe duda que el contrato de autos no acredita el dominio de la tercerista puesto que contiene un pacto obligacional que la generará cuando se cumpla con el deber de construir y de entregar lo pactado. Y hablar de posibles trampas de los constructores incumpliendo sus contratos es tan irrelevante como pensar que de seguirse la tesis del recurrente los engañados podían ser los que ejecutaron las obras poniendo los materiales.

LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA O PORTEADOR EN LA ENTREGA DE LA COSA DE DONDE TRAE SU CAUSA LA MISMA. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1997.)

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—Constituye un suceso probado la entrega del marisco congelado en Lagos, en perfectas condiciones, acompañado de la necesaria documentación aduanera y sanitaria; la estiba dentro de las naves, así como la idoneidad y funcionamiento de los contenedores de a bordo, no es de la competencia ni de la responsabilidad del vendedor, por ello si la documentación se extravió, si el transporte sufrió retraso no anunciado o si los contenedores presentaban desperfectos, será materia propia que pueda justificar la responsabilidad del transportista, pero no puede involucrarse en ella al vendedor ajeno a la misma.

Doctrina de la sentencia.—La doctrina jurisprudencial ha estudiado y tiene reiteradamente declarado que el uso de comercio conocido con las siglas «C. y F.» o también «C.I.F.», es utilizado frecuentemente en las compraventas en las que la mercancía tiene que viajar desde el lugar donde se encuentra el vendedor hasta la residencia del comprador, representando o suponiendo que el coste de la mercancía y el flete, o que el coste, el seguro y el flete son por cuenta del comprador, debiendo entenderse que el lugar de la entrega se hace en el lugar donde tiene su establecimiento mercantil el vendedor, viajando las mercancías desde el punto de partida por cuenta y cargo del comprador, que es el verdadero propietario de las mismas. El vendedor agota sus obligaciones entregando al transportista los objetos vendidos y la documentación correspondiente, correspondiendo al porteador desde el momento de la entrega, la obligación de custodiar las cosas con la diligencia que se derive de la naturaleza de las mismas, trasladarlas en el itinerario y plazo establecido, y entregarlas sin demora ni entorpecimiento. Si las cosas perecen o sufren menoscabo, el comprador es la única persona legitimada para exigir al porteador la indemnización correspondiente, quedando fuera de esta relación de responsabilidad el vendedor, dada su ajeneidad.

EL ACUERDO ENTRE EL PRESUNTO RESPONSABLE CIVIL Y EL AGENTE DEL DAÑO NO TIENE NATURALEZA LABORAL. (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—En la presente litis el agente del daño realiza sus servicios al que puede ser declarado responsable civilmente (arrendamiento de obras y servicios).

Doctrina de la sentencia.—En la presente litis el único motivo en el que se ampara el recurso de casación es en la posible infracción al artículo 1.903.4 del Código Civil, y el mismo resultó no prosperar, pues su efectividad está fundamentada en la probabilidad de la culpa *in eligendo-vigilando*, sin embargo, el dato de que entre el acuerdo del presunto responsable civil y el agente del daño no tenga naturaleza laboral, no excluye la plena vigencia de la aplicación.

En el presente caso, la contienda judicial parece enclavarse en el hecho de que la empresa posiblemente responsable civil, se ha reservado o le corresponde la vigilancia, intervención o cierta dirección de los trabajos efectuados o a efectuar por el agente causante del daño. Del *factum* de la sentencia se determina que existía una relación, más o menos indirecta entre la empresa posiblemente responsable y la que por contrata efectuaba los trabajos encargados por aquélla, y de la cual dependían directamente, tanto el agente causante del daño como la víctima, sobre todo en el sentido de actuación de vigilancia y dirección de los trabajos, con lo que se excluye totalmente la falta de responsabilidad de la empresa y que pudiera fundamentarse en la teoría interpretativa del artículo 1.903.4 del Código Civil, denominada por parte de la doctrina como de «relaciones de servicio», y excluida tal teoría surgirá la de la responsabilidad civil plena de la empresa, que constituye el verdadero caso de supuesto de la cuestión.

CONTRATO DE COMPRAVENTA Y FALTA DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO. (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1997.)

No triunfa el recurso de casación.

Hechos.—Se contrata la adquisición de una finca en documento privado de fecha 1-8-89, a la que se une el hecho de que el vendedor la había comprado la víspera, es decir, el 31-7-1989, en virtud de otro documento privado.

Doctrina de la sentencia.—Se infringe ahora la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario conforme a la cual es innecesario demandar a quien no pueda resultar obligado por la sentencia. Se analiza por la Sala la también doctrina, atinente a que el contrato celebrado en nombre de otro, por quien no tenga autorización o representación legal será nulo, a no ser que se ratifique antes de ser revocado por la otra parte contratante y que cabe declarar que hay aceptación cuando se desprende de hechos que implican necesariamente la aprobación del *dominus*, pero tal afirmación no es de aplicación a nuestro caso, pues el título en virtud del cual se demanda es un contrato en el que sin que el vendedor actúe en representación de nadie, no hay mandante o persona que pueda completar la eficacia del contrato con su ratificación expresa o tácita.

En la presente litis son inaplicables los razonamientos de la sentencia de la Audiencia, definiendo la compraventa su carácter de negocio obligacional que sólo transmite el dominio si va seguido de tradición y el recuerdo de la jurisprudencia, según el cual, caben ventas de cosa ajena que es generadora de obligaciones como la de saneamiento, daños y perjuicios, etc., para deducir de ella que en la venta de autos no pueden ignorarse los efectos puramente obligacionales, y que producida la entrega, el título no es nulo de pleno derecho sino anulable y apto para la usucapión. Para la Audiencia no puede pedir la recurrente la nulidad de un contrato obligacional que produce efectos, sean de cumplimiento parcial si se adjudicó sólo en parte el bien a la vendedora, y como hay efectos no cabe hablar de nulidad. Cierra la Audiencia su razonamiento diciendo que la hoy recurrente podía reivindicar el bien, pero no pedir la nulidad de una venta de cosa ajena válida y productora de efectos y que la reivindicación no se ha ejercitado. Los argumentos expuestos a criterio de la Sala no son de aplicación al caso en que terceros ajenos al contrato, pero titulares del poder de disposición del bien vendido, estén legitimados para pedir la nulidad de la venta que efectúa quien no tiene la disponibilidad de lo vendido, y provee, por la tradición de la cosa, de un título apto al menos para usucapir. Para evitar tales efectos no hay otro camino que la impugnación de la venta y la llamada al proceso de cuantos se pueden ver afectados por la sentencia. Y en casos como éste, la jurisprudencia declara la nulidad de los contratos que comporta la restitución de las cosas no propia reivindicación sino efecto simple de nulidad.

LA RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE COMPRAVENTA POR INCUMPLIMIENTO DEL VENDEDOR REQUIERE QUE LA PRESTACIÓN INCUMPLIDA SEA PRINCIPAL Y QUE DICHO INCUMPLIMIENTO FRUSTRE EL FIN DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1997.)

Triunfa el recurso de casación.

Objeto del litigio.—En la presente litis no nos hallamos ante un incumplimiento unilateral y pleno, ni ante un incumplimiento unilateral y parcial, **sino ante un incumplimiento bilateral y recíproco** de ambas partes contratantes consistente en que las entidades vendedoras no construyeron el piso-piloto dentro del plazo estipulado para ello, ni el comprador entregó, dentro también del plazo convenido, los folletos divulgativos o de publicidad de las viviendas a vender y no pagó el precio de la venta en los plazos estipulados al efecto, pues sólo efectuó el fijado en el acto de la firma del contrato. La Sala razona expuestos estos hechos, que si bien el incumplimiento de las vendedoras demandadas no lo fue de prestaciones principales, sino accesorias, como la no entrega de los folletos publicitarios y no finalización del piso-piloto, dentro de los plazos estipulados, tales incumplimientos no pueden determinar la resolución del contrato a petición del demandante-comprador. En cambio, entiende que sí incurrió en incumplimiento de su obligación principal al no finalizar el reiterado piso-piloto, construcción a la que se había comprometido.

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina de la Sala la de que para que el incumplimiento de un contrato pueda determinar la resolución del mismo ha de versar tal incumplimiento en/sobre prestaciones principales y no meramente accesorias o secundarias. En el presente supuesto litigioso dicho carácter de prestación principal es total, pues la obligación de finalizar el piso-piloto dentro del plazo convenido era indispensable y esencial. Por otro lado, para que el incumplimiento por una de las partes de una de las prestaciones principales del contrato pueda desplegar la virtualidad resolutoria de dicho contrato al amparo del artículo 1.124 del Código Civil es necesario que tal incumplimiento frustre el fin del contrato para la otra parte, frustración que se produjo para el demandante comprador, el cual, como consecuencia de la no construcción del piso-piloto dentro del plazo estipulado, no pudo realizar adecuadamente la campaña programada de promoción y venta y, en consecuencia, no pudo allegar los fondos necesarios para ir pagando los plazos del precio de la compra hecha.

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS IMPOSICIONES A PLAZO FIJO Y LA CONSIGUIENTE VALIDEZ DE LA PIGNORACIÓN SOBRE EL DERECHO DE CRÉDITO NACIDO DE TALES IMPOSICIONES. (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1997.)

Prospera el recurso de casación.

Hechos.—Mediante una póliza de préstamo, intervenida por Corredor Colegiado de Comercio, Banco de Crédito Balear, concede un préstamo con interés a Hispania Líneas Aéreas, S. A., comprometiéndose la prestataria a devolverla en dos fechas. También por otra póliza intervenida por Corredor Colegiado de Comercio, la prestataria pignoró en favor de Banco de Crédito Balear, una imposición a plazo constituida en el mismo Banco. Con posterioridad, el Juzgado declara en estado de quiebra voluntaria a Hispania Líneas Aéreas, S. A.

Doctrina de la sentencia.—La presente litis sostiene que en las imposiciones bancarias de dinero a plazo fijo, no existe un depósito propiamente dicho en

sentido jurídico, sino que aquél queda propiedad del Banco, obligándose a la restitución del *tantundem* al llegar el vencimiento del plazo. Ese crédito contra la entidad bancaria lo ostenta el impositor, que lo puede pignorar válidamente. La pignoración subsiste con toda eficacia a pesar de la suspensión de pagos o quiebra del impositor. Además, no cabe compensación una vez declarada la quiebra con su efecto retroactivo, **la compensación** lo que es, es una consecuencia de no haber aceptado la existencia de una prenda de crédito contra el Banco derivados de las imposiciones a plazos. Por el contrario, admitida ésta, es evidente que, eficaz contra terceros por la intervención del Corredor de Comercio, los créditos pignorados quedan fuera de la masa de la quiebra, sujetos a ejecución separada por el acreedor pignoraticio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 918 del Código de Comercio. Esta ejecución puede consistir en el juego pactado en la póliza de la compensación, en lugar de acudir al procedimiento del artículo 1.872 del Código Civil, sin que por ello se pueda decir que se ha producido compensación en la quiebra, porque estamos ante una ejecución separada de la prenda, cuyo objeto no ha entrado en la masa de aquélla.

SIMULACIÓN DE CONTRATO DE COMPRAVENTA. PARA QUE ACTÚE DERECHO DE OPCIÓN Y PRESCRIPCIÓN CONTRA TABULAS ES NECESARIO QUE EL INMUEBLE SE HALLE POSEÍDO POR UN TERCERO EN CONCEPTO DE DUEÑO, CON BUENA FE Y JUSTO TÍTULO. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Promotora Urbanística, S. A., adquiere por compra un inmueble, de quien en el Registro aparece con facultades para transmitirlo en ejercicio del derecho de opción reconocido a su favor e inscrito también en el mismo Registro. En una anterior transmisión que efectúa el titular registral a favor del recurrente se declara expresamente la existencia de este derecho de opción, con indicación de la fecha de vencimiento, y se hace supuesto de la cuestión al considerar al transmitente, titular inscrito que actuó de mala fe, sus facultades de disposición aparecen debidamente acreditadas por los datos registrales que no han sido impugnados.

Doctrina de la sentencia.—En la presente litis, la pretensión deducida tiene por objeto básicamente que se reconozca la plena eficacia al contrato de compraventa que concertó el actor con el demandado y se declare la inexistencia, por simulado, del contrato que, sobre el mismo objeto se celebró. Con carácter subsidiario se pidió en la demanda la declaración de que el actor adquirió por usucapión el dominio sobre la finca objeto de nuestro litigio. La sentencia contiene alegaciones fácticas y jurídicas sobre las consideraciones efectuadas por la parte actora en relación con las pretensiones deducidas, y es doctrina del Tribunal Constitucional que la motivación de las resoluciones no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se decide, sino que deben considerarse suficientemente motivadas las resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentados en la decisión.

La doctrina de la Sala atinente a la existencia o inexistencia de la buena fe es una cuestión de hecho, por tanto, de la libre apreciación del Tribunal de instancia, lo que no impide que se declare que la buena fe es un concepto jurídico deducido libremente por la Sala sentenciadora en relación a los medios de prueba que la ponen de manifiesto y se reputan acreditados, y la valoración de los medios de prueba realizada por la Sala de instancia sólo es posible impugnarla en casación alegando error de derecho en la valoración de la prueba de que se trate. El titular registral está amparado por el llamado principio de legitimación recogido en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que se manifiesta en la presunción *iuris tantum* de que el derecho real inscrito existe y pertenece a su titular y en la misma presunción de que el titular registral de dominio de los bienes inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos, así como por la presunción de ser poseedora de buena fe, conforme a lo que dispone 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.

Paralelamente a esto decir que los liquidadores de la sociedad están facultados para velar por la integridad del patrimonio social, así como para realizar las operaciones pendientes y las nuevas que sean necesarias para la liquidación. Un acto encaminado a estos fines lo constituyó desde luego el ejercicio del derecho de opción de compra.

Se sostiene que fue simulado el contrato de compraventa celebrado a favor de «Promoción Urbanística, S. A.», así como la afirmación de que existió fraude de ley cometido por el demandado y vendedor. Añade el recurrente que el contrato es nulo de pleno derecho porque no existió consentimiento, los liquidadores no tenían capacidad legal para adquirir el inmueble y el ejercicio de la opción de compra no tiene la consideración de operación comercial pendiente, toda vez que esa opción no obliga a comprar. Pero la Sala alega que con la afirmación hecha se mezclan cuestiones fácticas con cuestiones jurídicas, sin tener en cuenta que la calificación jurídica de la relación que une a los litigantes es función privativa de los Tribunales de instancia y que las invocadas simulación e inexistencia del contrato de compraventa son cuestiones de hecho, y su constatación facultad exclusiva de los Tribunales que sólo pueden traerse a casación por error de derecho en la valoración de las pruebas. Más aun cuando la opción de compra supone ya una compraventa concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución sin necesidad de otros actos. Como la operación estaba ya concertada, los liquidadores, limitándose a concluir una operación pendiente, sin duda ventajosa para la sociedad, se constituyó un derecho de adquisición.

Y, por último, no puede prosperar la usucapión *contra tabulas*, por no concurrir los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, cuando lo que se demuestra es que el actor es un arrendatario por veinte años que ahora pretende alterar su condición instalándose como propietario de lo que nunca le perteneció. Para destruir estas declaraciones fácticas, dice la parte recurrente que «Promoción Urbanística, S. A.», no fue compradora de buena fe y que no se puede obligar al comprador —el actor— a aceptar el arrendamiento de forma forzosa, pero ni se declara por la sentencia recurrida que la entidad mercantil referida actuara de mala fe en el ejercicio de su

derecho de opción, ni que el actor aceptara el arrendamiento mediando fuerza o intimidación.

REQUERIMIENTO RESOLUTORIO DE CONTRATO DE COMPRAVENTA.
(SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—Ejercicio de acción resolutoria de contrato de compraventa referido a una parcela de terreno rústico que deberá independizarse por segregación de otra finca adquirida por la entidad vendedora. En el aludido contrato también se incluía una cuota indivisa de otras fincas pendientes de inscripción. La forma de pago que se pactó fue incumplida por la compradora.

Doctrina de la sentencia.—Se dilucida en la presente litis la resolución de un contrato de compraventa por incumplimiento de las obligaciones de pago que aceptó el comprador. Dicho contrato de compraventa por sí solo no transmite la propiedad de la cosa vendida, de ahí que se admita la validez de la compraventa de cosa ajena liberando en principio al vendedor de justificar la propiedad de la misma. La entidad vendedora dio exacto cumplimiento a todas las obligaciones que se derivan del contrato básico, por lo que no resultó admisible la excepción propuesta en relación con lo dispuesto en los artículos 1.124 y 1.504, ambos preceptos del Código Civil, y sólo —repetimos— la conducta totalmente negativa del comprador impidió la segregación y transmisión libre de cargas de la finca objeto del contrato al otorgante, como así se hizo, la escritura pública.

EL MANDATO NO REPRESENTATIVO CON INSTRUCCIONES CONCRETAS.
(SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1997.)

El recurso de casación no prospera.

Hechos.—La parte recurrida de la presente litis, titular de un contrato bancario de cuenta corriente con la entidad ahora recurrente, da anualmente las oportunas órdenes a la sucursal donde deposita su dinero para la compra de activos financieros.

Doctrina de la sentencia.—El núcleo central de la presente contienda judicial radica en establecer si la parte ahora recurrente y antes demandada traspasó los límites del mandato que como mandatario le ligaba con la parte ahora recurrida y antes demandante. Y es que las partes de la presente litis estaban ligadas por un **contrato de mandato no representativo**, cuyo contenido se delimitaba a través de la figura de instrucciones demostrativas.

EL CONTRATO DE COMPRAVENTA SE RESUELVE POR IMPAGO DE LOS OBLIGADOS AL MISMO. ARTICULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1997.)

No triunfan los recursos de casación interpuestos.

Doctrina de la sentencia.—En la presente litis, el artículo 1.504 del Código Civil resulta correctamente aplicado en relación con el artículo 1.124 del mismo cuerpo legal, que autoriza la resolución contractual. Dichos preceptos, según reiterada doctrina de la Sala, no se eluden entre sí sino que se complementan. Así, en el caso de autos, la resolución se justifica porque no se trata del simple retraso sino de una conducta incumplidora del deber de pago, persistente, continuada y prolongada.

CONTRATO DE ADHESIÓN Y CLAUSULAS ABUSIVAS. (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1997.)

No ha lugar a la cuestión de competencia por inhibitoria.

Doctrina de la sentencia.—Se ocupa ahora la Sala de analizar el importante cambio que el panorama legal sufre con la importante modificación experimentada a través de la Directiva de la CEE número 93/13, de 5 de abril, que se ocupa **de definir y sancionar la ineficacia de las cláusulas abusivas plasmadas en los contratos celebrados con los consumidores**. Dicha disposición las define como cláusulas contractuales que no se negocian individualmente y que se consideran abusivas si, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, conteniendo una lista indicativa y no exhaustiva de las cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, suprimiendo u obstaculizando el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción o arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas.

EL PRINCIPIO «IN ILLIQUIDIS NON FIT MORA». (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1997.)

No triunfa el recurso de casación.

Objeto del litigio.—El intento de introducir el desistimiento del dueño de la obra como causa de extinción del contrato, supone un cambio de pretensión que conduciría a ser acogido al vicio de incongruencia por alteración de la *causa petendi*, que indebidamente se denuncia.

Doctrina de la sentencia.—En nuestro caso, es la resolución final la que, con base en las probanzas practicadas en la litis, produce su liquidación al fijar la cantidad concreta que se debe abonar. La doctrina jurisprudencial experimenta un cambio que se hace notar en la consolidación del nuevo criterio jurisprudencial, y es que el principio *in illiquidis non fit mora* supone que para cuando la cantidad adeudada no sea líquida, es decir, cuando para determinarla es preciso una contienda judicial, el abono de intereses sólo procederá desde el instante procesal de firmeza de la sentencia que resuelve dicha contienda judicial. Sentencias como las de 5-4-1992 y 18-2-1994, atenuan y modifican el automatismo del citado principio, cuando en las mismas se dice que junto a la consideración de la condena de abono de intereses por

las cantidades debidas como una indemnización o sanción que se impone al deudor moroso precisamente por su conducta renuente en el pago que da lugar a la mora, cabe también concebir que si se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad, una protección judicial de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que en el momento en que se le entrega, debe representar tal suma, y ello no por tratarse de una deuda de valor, sino también y aunque no lo fuera, porque si las cosas, incluso fungible y dinerarias, son susceptibles de producir frutos —civiles o intereses—, no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, el acreedor. Además, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma aunque fuese menos de la por él reclamada, desde el momento mismo en que se procedió a su exigencia judicial. Esta doctrina es mantenida también en sentencias como la de 21-3-1994, y ello es lógico porque el no devengo de intereses a partir de la interpelación judicial de una cantidad adeudada y declarada así a través del proceso, aunque fuera inferior en su *quantum* a la solicitada en la demanda iniciadora de una pretensión de reclamación de cantidad, podría configurar una situación de enriquecimiento injusto, figura odiosa en relación a los principios de igualdad y seguridad jurídica, y que no precisa partir de un acto ilícito o de mala fe, sino simplemente del dato de obtener una ganancia indebida, lo que conseguiría el deudor moroso al que no se obligara desde el momento mismo de ser requerido judicialmente a través de un proceso a pagar los frutos civiles o intereses de una cantidad que está obligado a pagar sea cual sea el montante definitivo.

CONTRATO DE TRANSACCIÓN. (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

El contrato de transacción hay que referirlo a todo convenio dispositivo por medio del cual y mediante recíprocas prestaciones y sacrificios se eliminan pleitos pendientes y futuros y también la incertidumbre de las partes sobre una relación jurídica que, mediante pacto, pasa a revestir una configuración cierta y vinculante.

La interpretación de los contratos, tiene reiterado la Sala, está reservada a los órganos judiciales de instancia, de manera que no es susceptible de casación sino cuando se demuestre que es ilógica, arbitraria o vulneradora de las normas legales, y la efectuada en la resolución traída a casación en cuanto aclara el contrato transaccional no adolece de ninguno de estos defectos.

EXPULSIÓN DE SOCIO DE COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO Y JURISDICCIÓN COMPETENTE (LABORAL). (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Hechos.—La Junta Rectora de la Cooperativa Andaluza de Trabajo Asociado, Santa Cristina, dedicada a la enseñanza por acuerdo de 5-6-1991, decide

la expulsión de don Florentino Con García, que ratificó la Asamblea General de 30-9-1991, constituyendo la impugnación de dicho acuerdo en la procura de su nulidad, el objeto del pleito.

Doctrina de la sentencia.—Parte la Sala de evidenciar que en base al artículo 125 de la Ley vigente 3/1987, de 2 de abril, General de Cooperativas, se hace reserva expresa de la jurisdicción a favor del orden social, respecto a aquellas cuestiones contenciosas que se susciten entre las Cooperativas de Trabajo Asociado y sus socios trabajadores por su condición de tales, y entre los mismos y también de modo específico se incluyen todas las que estén relacionadas necesariamente y afectan a los ceses en la condición de socio trabajador por decisión de la Cooperativa.

Es evidente que se hace supuesto de la cuestión, pues se prescinde de la declaración que la sentencia en curso lleva a cabo, integrando hecho probado firme respecto a que el que recurre mantenía su condición social cuando se le inició el expediente de expulsión, revistiendo cuestión de fondo la situación creada de imposibilidad de actuar como trabajador en virtud de la condena penal de inhabilitación especial para el ejercicio de sus funciones docentes que son el objeto y finalidad social de la Cooperativa demandada.

Paralelamente, se aporta infringido el artículo 74 de la Ley Procesal Civil, argumentándose que tal precepto autoriza al Juez de la instancia que se crea incompetente por razón de la materia para abstenerse de conocer, previniendo entonces a las partes para que usen de su derecho; dicho precepto se refiere a la competencia objetiva y concede una facultad, tanto a los órganos judiciales unipersonales como a los colegiados que en nuestra litis no fue ejercitada ni propuesta por ninguna de las partes litigantes, su apreciación tuvo lugar correctamente por la sentencia al tratarse de una cuestión de orden público.

TERCERÍA DE DOMINIO. EMBARGO ANTERIOR AL TÍTULO DEL TERCERISTA. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1997.)

El recurso de casación no prospera.

Doctrina de la sentencia.—Acuerdo de embargo de solar, consecuencia de ampliación o mejora, habiendo de referir la justificación dominical del tercerista al momento en que se efectuó el embargo. Pero la traba se acordó mediante providencia de 16-10-1986 y el título dominical aportado por el actor para justificar su derecho es de fecha posterior, por lo que no puede prosperar la acción ejercitada.

DERECHO DE OPCIÓN DE COMPRA. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1997.)

Prospera el recurso de casación.

Doctrina de la sentencia.—La Sala tiene establecido que en el contrato de opción de compra la compraventa futura está plenamente configurada y depende del optante únicamente que se perfeccione o no, pues constituye un convenio en virtud del cual una parte concede a otra la facultad exclusiva de

decidir la celebración o no de otro contrato principal de compraventa que habrá de realizarse en un plazo cierto, y en unas determinadas condiciones, pudiendo también ir acompañado del pago de una prima por parte del optante, constituyendo sus elementos principales:

- la concesión a éste (al optante) del derecho a decidir unilateralmente respecto a la realización de la compraventa;
- la determinación del objeto;
- el señalamiento del precio estipulado para la futura adquisición, y
- la concreción de un plazo para el ejercicio de la opción, siendo por el contrario elemento accesorio el pago de la prima.

Se estima la acción ejercitada por los optantes y se condena a los optatarios a otorgar escritura de compraventa sobre los locales objeto de la opción, sin pronunciarse en lo relativo al cumplimiento contractual, dentro del cual cabe incluir el tema del precio fijado para la adquisición de los locales. Distingue así entre la opción de la compraventa y esta misma, condenando a su otorgamiento, pero sin pronunciarse sobre el precio, con lo que falta a un elemento natural del contrato, dado que tampoco señala como pudiera determinarse, no obstante, reconocer en la propia sentencia que se otorgaron por las mismas partes dos contratos de opción respecto a los mismos solares, de forma que sin previa concreción del precio mal se puede condenar al otorgamiento de la escritura de compraventa, tratando de separarle del propio contrato de opción, lo que hace a la sentencia incongruente e inejecutable.

En realidad, la opción caduca cuando llega a conocimiento del vendedor fuera del plazo estipulado para su ejercicio, pues es carga del optante el ejercitar la opción y emplear los medios adecuados a este fin, sin que en ningún caso pueda imputar al concedente o vendedor el fallo de esos medios o la adopción de uno que no era el más apropiado.

INCOMPETENCIA TERRITORIAL POR VIA INCIDENTAL EXCLUSIVAMENTE. (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Objeto del litigio.—La excepción de incompetencia territorial no es posible plantearla en la contestación a la demanda, sino que es preciso hacerlo en vía incidental a través de las correspondientes inhibitoria o declinatoria.

Doctrina de la sentencia.—Es doctrina de la Sala la que mantiene que las cuestiones de competencia territorial sólo pueden alegarse por las vías de declinatoria o de inhibitoria, en base a lo que disponen los artículos 72 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Reformas atinentes al tema, objeto del debate, comportan que en concreto el tenor de artículos como el 79 quede modificado en el sentido de que la declinatoria sólo se pueda plantear por la vía incidental y que dentro del artículo 687, propio del juicio de menor cuantía, no quepa comprender como excepción, pues no es la declinatoria. Esta doctrina jurisprudencial es sustentada en Sentencias como las de 25-2-1991, 5-2-1991, 30-12-1992, 23-2-1992, 4-12-1993, 31-1-1994, 5-2-1994, 24-9-1994 y 4-3-1995, entre otras, y cuyo criterio prevalece.

EL PRECONTRATO DE COMPRAVENTA, DE OPCIÓN DE COMPRA, DE PROMESA DE VENTA ES GENERADOR DE OBLIGACIONES QUE SE HAN DE CUMPLIR DE MANERA INEXORABLE. (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1997.)

El recurso de casación no prospera.

La alegación o el silencio por las partes litigantes de determinados preceptos no obliga a los Tribunales que se encuentran plenamente facultados para aplicar aquéllos que sobre la base de supuestos fácticos y pruebas practicadas estime son los procedentes. Además, se impone una racional adecuación del fallo a la pretensión de la parte, dicha adecuación no podrá suponer nunca una literal y absoluta concordancia, pues el fallo puede hacerse extensivo a los extremos de lo pedido. Todo lo dicho, sin olvidar que la hermenéutica de los contratos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio ha de prevalecer, a menos que se demuestre que tal interpretación es ilógica o absurda y que se anule además el error sufrido en dicha operación constatadora.

EL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO JUSTIFICA EL FALLO PRONUNCIADO. (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1997.)

Triunfan los recursos de casación interpuestos.

Doctrina de la sentencia.—En cuanto al interpuesto por la parte demandada: A la sentencia frente a la que se recurre se le da el carácter de prueba pericial preconstituida así del documento aportado por la actora en su escrito de demanda, la sentencia recurrida fija en el 80 por 100 del total la obra ejecutada por la actora, prueba pericial que fue adverada como diligencia acordada para mejor proveer, lo que lleva al Tribunal *a quo* a determinar como cantidad pendiente de pago a la actora la que señala en la parte dispositiva de la sentencia recurrida. Determinado el volumen de obra ejecutada por la sociedad actora y la cuantía de lo que en metálico y como precio de la misma han de satisfacer las demandadas, el motivo se acoge ya que el denominado informe pericial se constituye como una simple prueba preconstituida extraprocesalmente por la actora y aportada en su escrito de demanda, a la que según doctrina de la Sala no puede serle atribuido el carácter de prueba pericial, al no haber sido emitido el informe que aquélla contiene con las garantías procesales exigidas para una prueba de esa naturaleza y con la consiguiente indefensión para la parte a la que se privó de dichas garantías procesales.

Aparte de la indebida cita indiscriminada que se hace de todos los artículos del Código Civil reguladores de las obligaciones con cláusula penal, no es función de la Sala de casación indagar cuál de las diversas normas contenidas en dichos artículos pueda resultar infringida por la sentencia impugnada, no se respeta por las recurrentes el resultado probatorio alcanzado en la instancia acerca de cuál de las dos partes contratantes incurrió en el incumplimiento resolutorio que justifica el fallo pronunciado, y así, frente al incumplimiento por las demandadas de sus obligaciones contractuales, que declara la sentencia, se alega un mutuo incumplimiento por ambas partes, la actora no realiza la obra y las demandadas no cumplen su obligación de pago, razón por

la que vienen a responder de los daños y perjuicios causados a la actora por su incumplimiento, obligación indemnizatoria que se resuelve en la aplicación de la cláusula penal pactada.

En cuanto al interpuesto por la entidad «Construcciones Hermisa, S. A.», denuncia la infracción del artículo 1.281.1 del Código Civil, así declarado por la Sala *a quo* el volumen de obra ejecutada por la actora, ascendente a un 80 por 100 de la contratada, se aplica ese porcentaje para determinar la cantidad a percibir como precio por la sociedad constructora a la parte del precio que habría de satisfacerse en metálico.

ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO O ACCIÓN DE NULIDAD ABSOLUTA POR SIMULACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO DE COMPRAVENTA. COSA JUZGADA EN PROCEDIMIENTOS ANTERIOR Y ACTUAL POR EXISTENCIA DE UNA SEMEJANZA REAL ENTRE AMBOS Y QUE ORIGINA UNA EVIDENTE CONTRADICCIÓN. (SENTENCIA DE 20 DE OCTUBRE DE 1997.)

No prospera el recurso de casación.

Objeto del litigio.—Se trata de discernir si se ejercita una acción declarativa de dominio en favor del actor o una acción de nulidad absoluta por simulación del negocio jurídico de compraventa, documentada en escritura pública a nombre de la demandada, al afirmarse que intervino como mera fiduciaria. En la hipótesis jurídica de la simulación o fiducia de los documentos públicos a favor de la demanda no fueron impugnados, y la reserva de acciones se entiende referida a la reclamación de las aportaciones procedentes del actor.

Doctrina de la sentencia.—La Sala señala que la situación de cosa juzgada material precisa de la concurrente identidad de personas, cosas y causa o razón de pedir entre uno y otro procedimiento, pues la eficacia vinculativa que entraña es indefectible, junto con la preclusión de todo juicio ulterior sobre el mismo objeto y la imposibilidad de decidir de manera distinta el fallo, evitando que la controversia se renueve o se actúen pretensiones que contradigan el contenido de la sentencia firme, partiendo de la certeza de una resolución previa sobre idéntico conflicto. Y es que la concurrencia de identidades de referencia ha de apreciarse estableciendo un juicio comparativo entre la sentencia precedente y las pretensiones del posterior proceso, pues de la paridad de los dos litigios es de donde ha de inferirse la relación jurídica controvertida, interpretada, si es preciso, con los hechos y fundamentos que sirven de base a la petición. Y requiriéndose para apreciar la situación de cosa juzgada, una semejanza tal que produzca contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretende, de tal forma que no puedan existir en armonía los dos fallos. Esta línea jurisprudencial se sostuvo destacando que la intrínseca entidad material de una acción determinada por sus elementos subjetivos, objetivos y causales permanece intacta, sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal.

Los procedimientos anterior y actual no conllevan dificultad alrededor de las cosas y los litigantes, sino que el problema se centra en la **identidad causal**, toda vez que la acción ejercitada en el primer proceso era la declarativa de dominio, y en el actual, la de nulidad de los documentos o títulos en que aquél se basaba. En coincidencia con lo reflexionado, la distinta denomi-

nación de la actual acción entablada —ahora de nulidad, y antes declarativa de dominio—, no puede desvirtuar la causa de pedir, al ser evidente que una y otra acción llevan implícita la misma pretensión.

QUIEN TIENE PODER PARA ENAJENAR, TAMBIÉN LO TIENE PARA RATIFICAR EL CONTRATO DE VENTA QUE EN NOMBRE DE SU PODERDANTE HA REALIZADO CON ANTERIORIDAD UN TERCERO SIN PODER.
(SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1997.)

Triunfa el recurso de casación.

Objeto del litigio.—La presente litis desea contemplar que el representante que tiene amplio poder para enajenar y gravar un determinado piso, puede ratificar en nombre de su representado un contrato de venta de dicho piso efectuado por su madre con anterioridad al otorgamiento de dicho poder, actuando como mandataria verbal suya.

Doctrina de la sentencia.—Se infringe ahora la doctrina jurisprudencial sobre la ratificación tácita y doctrina de los actos propios. La recurrente se obliga en el contrato litigioso a tramitar todo lo relativo a la herencia del fallecido, que fallece intestado, siendo obligación de los vendedores otorgar los documentos o proporcionárselos, los que la parte compradora les indicase, y que uno de ellos fue un poder, y que cuando recibiese el anticipo, ya sería apoderada, sin poder deducirse más que la existencia de una ratificación tácita del contrato que ya conocía en todos sus extremos, o bien una ratificación tácita al otorgar los poderes del tan citado contrato, pues quien tiene poder para enajenar también lo tiene para ratificar el contrato de venta que en nombre de su poderdante ha realizado con anterioridad un tercero sin poder, como así ya lo hemos expuesto en el título que da denominación a la sentencia que comentamos.

I. M. G.

EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE ELEVAR UN CONTRATO DE COMPRAVENTA EN DOCUMENTO PRIVADO A ESCRITURA PUBLICA Y LA FALTA DE ENTREGA DE LA COSA VENDIDA. UNA VEZ DEPOSITADO EL PRECIO, SE CONSIDERA MORA Y DA LUGAR A LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS, CUANTIFICADOS EN EL INTERÉS LEGAL A CONTAR DESDE LA FECHA EN QUE QUEDO DEPOSITADO EL PRECIO.
(SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1998.)

Se celebra un contrato de compraventa en documento privado sobre una finca. La parte compradora consigna el precio y demanda en primera instancia a la parte vendedora para que eleve el documento privado a escritura pública, le entregue la posesión libre de la finca, los intereses devengados sobre el precio y pide que se le impongan las costas. La parte vendedora contesta a la demanda e interpone demanda reconvencional para resolver el contrato por incumplimiento, así como determinar sobre la justicia y proce-

dencia de la cifra de penalización por incumplimiento, pidiendo también la condena en costas de la parte compradora.

La sentencia dictada en primera instancia estima la demanda de la compradora, salvo en lo referente a las costas; la vendedora recurre ante la Audiencia Provincial de Madrid, que estima parcialmente el recurso, revocando la reclamación de los intereses por parte de la compradora.

Ambas partes recurren en casación la sentencia ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la cual estima el recurso de la parte compradora porque las sentencias de instancia acreditan que la vendedora incumplió la obligación de elevar a escritura pública el documento privado del contrato de compraventa (según pacto expreso y arts. 1.279 y 1.280.1 del Código Civil) y de entregar la cosa vendida (arts. 1.445 y 1.461 y sigs. del Código Civil). La compradora depositó la totalidad del precio y, según el artículo 1.124 del Código Civil, al haber cumplido su obligación, exige que la vendedora cumpla la suya junto con la indemnización por mora (prevista también en los arts. 1.100 y 1.101 del Código Civil) y por daños y perjuicios, evidentes en la entrega del dinero sin percibir la actual prestación debida.

Se desestima el recurso interpuesto por la parte vendedora por considerarse que aborda cuestiones procesales que no afectan al fondo de la cuestión y también cuestiones sustantivas no procedentes por no haberse planteado ni acreditado en las sentencias de instancia.

UN CONTRATO DE «GESTIÓN DE CARTERA DE VALORES DE TERCEROS» SE CONSIDERA DISCRECIONAL POR FALTA DE FORMALIZACIONES-SCRITA Y OTORGAMIENTO DE PODERES A FAVOR DE LA SOCIEDAD ACTORA; PESE A ESTE CARACTER, CUALQUIER OPERACIÓN HECHA SIN INFORMAR AL CLIENTE NI PEDIRLE INSTRUCCIONES ES UN ABUSO DE FACULTADES QUE PERJUDICA A ESTE, POR LO QUE PROCEDE DECLARAR EXTINGUIDO EL SALDO DEUDOR POR COMPENSACIÓN CON LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR LA SOCIEDAD GESTORA POR SU CONDUCTA CULPOSA. (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1998.)

Una sociedad de valores demanda a una cliente con la que ha celebrado un contrato de gestión de cartera de valores por una suma determinada más los intereses legales, en concepto de saldo deudor resultante de la venta de los valores de la demandada. Esta contesta a la demanda e interpone demanda reconventional contra la actora por la misma suma en concepto de compensación de la deuda por haber realizado la actora las operaciones sin su conocimiento ni autorización. En primera instancia se estima la demanda reconventional y se condena a la actora. En segunda instancia, la Audiencia Provincial de Barcelona revoca la sentencia, absolviendo a la actora y condenando a la demandada, que recurre en casación.

La Sala de lo Civil estima parcialmente el recurso, desestimando los cuatro primeros motivos por considerar que aluden a cuestiones de interpretación y de prueba no procedentes, y porque la cuestión de fondo está en calificar el contrato celebrado y el régimen jurídico del mismo. Considera competente a los tribunales de instancia para calificarlo de «contrato de gestión de carteras de valores» [art. 71.j) de la Ley de Mercado de Valores], que se rige por la autonomía de la voluntad (art. 1.255 del Código Civil), sin perjuicio de que se le apliquen las normas de la comisión mercantil y del mandato civil. Al no haber

sido formalizado el contrato por escrito ni haberse hecho otorgamiento de poderes a la actora, parece ser que las facultades de la misma eran amplísimas y no necesitaban autorización de la titular. Ahora bien, la venta de todos los valores sin informar a la cliente, aun no siendo una extralimitación de facultades, sí es un abuso de éstas en perjuicio de los intereses de aquélla, contraviniendo los artículos 79 y 80.b) LMV, 255 y 260 del Código de Comercio y 1.714 del Código Civil, dando lugar así a la aparición del saldo deudor. Por tanto, la sociedad actora incurre en la responsabilidad culposa del artículo 1.726 del Código Civil, por lo que procede la compensación a favor de la demandada.

EXTINGUIDA UNA SOCIEDAD LIMITADA, NO SE PUEDE INVOCAR LA LEY ESPECIAL QUE LAS REGULA PARA EXIGIR RESPONSABILIDADES AL QUE FUE SU ADMINISTRADOR Y PEDIR LA RESTITUCIÓN AL PATRIMONIO COMÚN DE LOS ANTIGUOS SOCIOS DE FONDOS NO REPARTIDOS. DICHA RESTITUCIÓN NO ES INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1998.)

Una sociedad limitada familiar se extingue y cuatro de los antiguos socios (ocho hermanos) demandan a los otros cuatro para que restituyan al patrimonio común una suma determinada, así como la declaración de la responsabilidad del que fue administrador por fondos no repartidos y otras irregularidades. La demanda se desestima totalmente en primera instancia. En segunda instancia, la sentencia es revocada parcialmente, declarando la responsabilidad del administrador, quien recurre en casación.

La Sala de lo Civil desestima el recurso al rechazar los motivos basados exclusivamente en causas estrictamente procesales, particularmente el que alega que ha de aplicarse el artículo 13 de la LSL de 1953 (entonces vigente) para entablar la acción; este precepto no es aplicable porque la sociedad está ya extinguida. Tampoco estima la infracción del artículo 1.101 del Código Civil, porque se pide la restitución al patrimonio común de fondos no repartidos, no indemnización, que no es lo mismo que restitución.

UNA VENTA DE ACCIONES HECHA EN DOCUMENTO PRIVADO POR UNOS SOCIOS A OTRO PARA QUE ESTE, A SU VEZ, LAS VENDA A UN TERCERO Y HAGA REVERTIR EL PRECIO A LOS VENDEDORES ES, EN REALIDAD, UN NEGOCIO FIDUCIARIO DE APODERAMIENTO. (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1998.)

Los propietarios de más de la mitad de las acciones de una Sociedad Anónima deciden venderlas a un tercero. En Junta Universal apoderan a otro socio para que realice la venta, pero lo hacen a través de la celebración de un contrato de compraventa en documento privado para después venderlas. Los vendedores reclaman la elevación a escritura pública y el pago de la suma principal más los intereses. En primera instancia se desestima la demanda debido a la alegación por el demandado de excepciones dilatorias, sin entrar en la cuestión de fondo. En la segunda instancia se revoca la sentencia en cuanto a las excepciones, pero se absuelve al demandado por la cuestión de fondo, considerándose el contrato como un negocio fiduciario de apoderamiento.

Recurrida la sentencia ante el TS, se desestima el recurso por considerar que la calificación del tribunal de instancia es correcta: se trata de un verdadero apoderamiento encubierto bajo una compraventa: por lo tanto, un negocio fiduciario, celebrado para conseguir otro fin distinto en provecho de los vendedores. Al no prosperar el negocio último que se perseguía, y no haberse hecho entrega de las acciones al demandado no procede la elevación a público del documento privado ni el pago de la suma exigida.

LA FALTA DE PAGO DEL PRECIO POR PARTE DEL COMPRADOR DA DERECHO AL VENDEDOR A RESOLVER LA COMPRAVENTA SIEMPRE QUE CUMPLA LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR EL ARTICULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL RESUELTA LA VENTA, NO PROCEDE LA ELEVACIÓN A PÚBLICO DEL CONTRATO, NI LA ENTREGA, NI ACCIONES CONTRA POSTERIORES ADQUIRENTES DE LA COSA. (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1998.)

El demandante reclama en juicio de menor cuantía el otorgamiento de la escritura pública del contrato de compraventa de un solar, la entrega del mismo, indemnización por daños y perjuicios y la declaración de nulidad de la inscripción de la finca a favor de los nuevos adquirentes, condenándoles a la pérdida de lo edificado sin indemnización alguna. Tiene lugar la acumulación de autos, así como la demanda de juicio de cognición promovida por uno de los titulares registrales, reclamando cierta cantidad al primer demandante. En primera instancia se desestiman todas las demandas acumuladas y estima la demanda en juicio de cognición. La Audiencia Provincial de León confirma esta sentencia. El demandante interpone recurso de casación.

La Sala de lo Civil desestima todos los motivos basados en supuestos defectos procesales y desestima también el motivo tercero: no se han infringido los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil por haberse acreditado el incumplimiento del comprador en su obligación de pago del precio, por lo que la vendedora tiene derecho a la resolución de la venta y lo comunica al comprador por acta notarial, necesaria para que el comprador tenga conocimiento de la voluntad de resolver.

LA FIANZA QUE GARANTIZA UN CONTRATO DE AGENCIA DE SEGUROS SIN PRECISAR LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS QUE DIERON LUGAR A LA OBLIGACIÓN NO SE EXTINGUE POR LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO POSTERIOR, SIEMPRE QUE LA OBLIGACIÓN NO VARÍE Y QUE EL SEGUNDO CONTRATO SE CELEBRE POR CONVENIENCIAS PERSONALES QUE NO AFECTEN A LOS HECHOS EN SI. (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1998.)

Una compañía aseguradora demanda a la fiadora de un contrato de seguros una suma por la gestión de una cartera de seguros por la deudora principal (hija de la demandada). La demanda es estimada en primera instancia, pero esta sentencia es revocada en segunda instancia. La aseguradora recurre en casación y la Sala de lo Civil estima el recurso por las siguientes razones: se celebró un primer contrato con la deudora principal en 1983, garantizado por la fianza, para después celebrarse otro, con el mismo contenido en 1986;

este segundo contrato se debe a que en el primero la cartera era administrada por el esposo de la deudora principal, de quien se divorció posteriormente. La fiadora pretendió que la fianza se extinguió con el primer contrato, pero el TS estima que en la constitución de la garantía no se concreta la fuente de la obligación principal, que no varía en el segundo contrato, celebrado por motivos personales que no afectan a los hechos. La fianza, por tanto, se extiende al segundo contrato.

EL VENDEDOR NO TIENE DERECHO A RESOLVER LA VENTA SI SE HA ACREDITADO QUE EL COMPRADOR PAGO EL PRECIO, SI EL VENDEDOR NO PUEDE PROBAR LO CONTRARIO. (SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 1998.)

La demandante reclama la resolución de la venta de una vivienda, la entrega de ésta, indemnización y cancelación de posibles asientos registrales a favor de la demandada, que contesta e interpone demanda reconvenzional pidiendo la devolución de una suma e indemnización. La sentencia en primera instancia desestima las dos demandas, y en segunda instancia se confirma la sentencia. La primera demandante recurre en casación.

La Sala de lo Civil desestima el recurso en los motivos procesales, particularmente en lo referente a la presentación de un recibo que la recurrente afirma no ser el del pago del precio, pero no dice qué es en realidad. Esto da lugar a que no se tengan por infringidos los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil, porque las sentencias de instancia han declarado probado el pago del precio y la recurrente no puede probar lo contrario. Por tanto, la resolución no procede.

LA CLAUSULA DE LA PÓLIZA QUE ESTABLECE UNA PRESUNCIÓN «IURIS TANTUM» A FAVOR DEL ASEGURADO (ART. 38 DE LA LEY DEL CONTRATO DE SEGURO) SE DESVIRTÚA EL PRINCIPIO GENERAL DEL 1.214 DEL CÓDIGO CIVIL. EN TODO CASO, LA PRESUNCIÓN QUEDA DESTRUIDA POR OTRA PRUEBA MAS EFICAZ. (SENTENCIA DE 27 DE JULIO DE 1998.)

Dos compañías aseguradoras que han celebrado un contrato de coaseguro con una transportista de alimentos son demandadas por el pago de la suma asegurada en virtud de la cláusula convencional de «podredumbre terrestre» en caso de avería del camión frigorífico, en la que se establece, entre otros requisitos, el buen estado del camión y el de la mercancía al principio del viaje, así como la presunción a favor de la aseguradora de tal buen estado a falta de otras pruebas más eficaces, admitida expresamente en el artículo 38 LCS. La demanda se estima en primera instancia, mientras que la Audiencia Provincial la revoca basándose en la práctica de una prueba pericial, según la cual el daño se produjo en circunstancias no cubiertas por la póliza, quedando así destruida la presunción.

La demandante recurre en casación y la Sala de lo Civil declara la validez de la cláusula en virtud del artículo 1.255 del Código Civil y los artículos 1, 2, 3 y 38 LCS; pero tal cláusula no desvirtúa el artículo 1.214 del Código Civil, que impone la carga de la prueba al actor. No obstante, considera también

que la prueba pericial está ya valorada en la sentencia de instancia, por lo que no procede la casación.

La doctrina de esta sentencia es dudosa, ya que parece ir contra el principio «la norma especial deroga a la general», al referirse a la carga de la prueba. Aun así, estima el recurso por no entrar en la valoración de la prueba pericial que destruye la presunción, pues el recurso de casación no es una tercera instancia.

NO PROCEDE LA RESOLUCIÓN DE UNA COMPRAVENTA EN VIRTUD DEL PRINCIPIO «ALIUD PRO ALIO» SI EL OBJETO ADQUIRIDO FUE EL MISMO QUE SE ENTREGÓ Y NO OTRO DISTINTO. LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DEL 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL ES LA DEL 1.964 DEL MISMO CÓDIGO. (SENTENCIA DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

El demandante compra un cuadro expuesto en un local perteneciente a la sociedad demandada sin que ésta haya dado a nadie ningún dato sobre la autoría o la autenticidad del mismo. Varios años después, al intentar su venta, descubre que el cuadro es una copia del auténtico, por lo que demanda a la vendedora pidiendo la entrega del cuadro auténtico o, subsidiariamente, en caso de imposibilidad de cumplimiento, que se declare la resolución del contrato. La demanda se desestima en primera instancia, y en segunda instancia se confirma la sentencia.

El demandante recurre ante la Sala de lo Civil del TS, que rechaza el motivo de fondo: no se considera infringido el principio *aliud pro alio* porque el comprador adquirió el cuadro que pertenecía a la sociedad vendedora sin que ésta hubiese aclarado en ningún momento que fuese el verdadero; es decir, el cuadro adquirido por el recurrente fue el mismo que se le entregó y no otro distinto, porque ése era el que estaba expuesto en el local de la vendedora. No puede instarse la resolución tan sólo por insatisfacción puramente subjetiva del vendedor, aunque ésta podría dar lugar a otro tipo de acciones, pero no a la del 1.124 del Código Civil.

No obstante, se estiman otros motivos procesales, sobre todo el que afirma que se trata de la acción del 1.124 y no la de los artículos 1.301 ó 1.490 del Código Civil, por lo que no ha prescrito, pues está sujeta a la regla general del 1.964 del Código Civil.

AUNQUE UNA LETRA DE CAMBIO HAYA PERDIDO SU EFICACIA EJECUTIVA, NO PIERDE SU VALOR PROBATORIO DEL NEGOCIO JURÍDICO SUBYACENTE, CUYO CUMPLIMIENTO PUEDE EXIGIRSE A TRAVÉS DE JUICIO DECLARATIVO ORDINARIO. (SENTENCIA DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Se endosan varias letras de cambio en virtud de un contrato de compraventa en el que aparece como vendedor el endosante de dichas letras que sirven como pago al precio, que han pagado los vendedores (recurridos) al endosatario (recurrente). Todas las letras han sido atendidas, salvo la última, que ha perdido su fuerza ejecutiva por no reunir los requisitos esenciales del artículo 1 de la Ley Cambiaria, por lo que se demanda el pago en juicio de menor cuantía. En primera instancia se desestima la demanda y la Audiencia Provincial confirma la sentencia.

La Sala de lo Civil estima el recurso de casación al entender que una letra que no reúne todos los requisitos del artículo 1 de la Ley no tiene fuerza ejecutiva, pero es un documento oficial con todos los efectos del artículo 2 de la Ley; por tanto, mantiene el valor probatorio del negocio subyacente (la compraventa), y puede exigirse su cumplimiento mediante juicio declarativo ordinario.

PROCEDE LA RESOLUCIÓN DE UNA PERMUTA CUANDO LOS CONTRATANTES INCUMPLEN LAS EXIGENCIAS QUE EN EL CONTRATO SE PACTARON EXPRESAMENTE COMO CONDICIÓN RESOLUTORIA. (SENTENCIA DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

En el contrato de permuta de un solar se pacta expresamente que los permutantes que lo reciben se comprometen a terminar las obras de una futura edificación en el plazo máximo de dieciocho meses desde el otorgamiento de la licencia (antes del 31 de diciembre de 1989), pero de no ser así el plazo empezaría a contar desde el 1 de enero de 1990, considerándose condición resolutoria la no terminación de las obras en dicho plazo, salvo causa de fuerza mayor. La licencia se solicitó el 15 de noviembre de 1990, y se concedió el 31 de enero de 1991. Los permutantes fueron requeridos por la otra parte para que en el plazo de quince días entregasen la posesión de la finca para comenzar la construcción del edificio.

Los primeros permutantes demandan a los segundos pidiendo que se declare la plena validez jurídica de la permuta, la entrega del solar (previa cancelación de los asientos registrales que se opongan a su adquisición de dominio) y a la indemnización. Los demandados contestan y formulan reconvencción para que se declare resuelto el contrato y se cancelen todos los asientos a los que haya dado lugar. En primera instancia, se desestima la demanda de una parte y se estima la reconvencción de la otra. La Audiencia Provincial confirma la sentencia.

Los actores reconvenidos recurren en casación y la Sala de lo Civil desestima el recurso por las siguientes razones: el motivo invocado es la aplicación indebida del artículo 1.124 del Código Civil, pero la sentencia recurrida no lo aplicó en ningún momento, sino que funda la resolución en los artículos 1.114, 1.117 y 1.119 del Código; además, la declaración de incumplimiento es una cuestión de hecho reservada al tribunal de instancia, que considera que se ha cumplido la condición resolutoria, sin que se haya probado que la falta de comienzo de la obra se debió a causas no imputables a los actores recurrentes.

SE CUMPLE EL ARTICULO 1.214 DEL CÓDIGO CIVIL SI LA PARTE ACTORA APORTA LAS PRUEBAS DE LA EXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN. NO SE DIVIDE LA CONFESIÓN CONTRA QUIEN LA HACE SI RECONOCIÓ LOS HECHOS EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA EN CUANTO A LAS PRIMERAS POSICIONES, PERO ALEGA HABER CUMPLIDO LO QUE SE ALEGA EN LAS SIGUIENTES SIN APORTAR NINGUNA OTRA PRUEBA. (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1998.)

Una compañía vende a otra una partida de prendas de vestir, y la demanda exigiendo el pago del precio y los intereses legales. Se desestima en primera

instancia. La Audiencia Provincial revoca la sentencia parcialmente, reconociendo del derecho de la actora, pero modificando la cantidad de la suma debida.

La demandada recurre en casación alegando (aparte de otras cuestiones estrictamente procesales) que se infringe el artículo 1.214 del Código Civil al invertirse la carga de la prueba sobre las relaciones entre la actora y la demandada, así como el artículo 1.233, acusando a la sentencia recurrida de dividir la confesión al atribuir valor probatorio a las respuestas dadas a las tres primeras posiciones del pliego y negar dicho valor a las dadas en las restantes posiciones.

La Sala de lo Civil desestima el recurso al constatar que la actora ha demostrado la existencia del contrato presentando las facturas como prueba y es a la demandada a quien toca probar que realizó el pago de las mercancías cuyo importe se reclama (pues las facturas se refieren a otras operaciones, aparte de la compraventa), por lo que la carga de la prueba no se invierte. Tampoco estima dividida la confesión contra el recurrente porque las tres primeras posiciones se refieren a la existencia de las relaciones comerciales y suministro de las mercancías por la actora, hechos reconocidos en la contestación a la demanda que no necesitan de prueba; las otras posiciones se refieren a la falta de pago del precio que el recurrente alega haber hecho, pero sin aportar ninguna otra prueba.

SI EN LA COMPRAVENTA NO SE PAGA EL PRECIO Y SE HA HECHO EL REQUERIMIENTO POR EL COMPRADOR SEGÚN EL ARTICULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL PROCEDE LA RESOLUCIÓN. (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1998.)

Una sociedad constructora suscribe con un cliente un contrato de compraventa en documento privado; un mes más tarde celebran un segundo contrato que no varía respecto del primero, salvo que el precio fijado se sube; uno y otro son anulados. Se celebra un tercer contrato, calificado de compraventa pero titulado de «opción de compra», igual al primero, pero con unas cláusulas sobre hipoteca que podía contraer la vendedora y percibir el importe del crédito hipotecario como parte del precio (la constructora vende un local ya sujeto a hipoteca unilateral a favor de un tercero que aún no ha aceptado), y se pacta el pago a cuenta de una parte del precio, fijándose un plazo para pagar el resto. Pasado el plazo sin haberse pagado el precio, el vendedor hizo al comprador un requerimiento notarial de resolución; el comprador se opuso y consignó el precio a pagar en poder del notario para su entrega al vendedor una vez otorgada la escritura.

El comprador demanda al vendedor para que se elevara a público y se cumpliera el primer contrato; el vendedor demanda, a su vez, la resolución por impago del precio y el cumplimiento de la cláusula penal fijada como indemnización por daños y perjuicios. En primera instancia, se desestima la primera demanda y se estima en parte la segunda al moderar la cuantía de la cláusula penal. La Audiencia Provincial revoca la sentencia declarando que el tercer contrato subsiste y ha de elevarse a escritura pública, pero el demandante debe también pagar el precio, aparte de otros pronunciamientos.

Ambas partes recurren en casación, y la Sala de lo Civil declara improcedente el recurso del comprador por referirse a una sentencia incongruente

extra petitum. Estima el recurso del vendedor porque en el contrato se fija el precio a pagar y el plazo en que ha de hacerse, con la facultad ya mencionada sobre el crédito hipotecario; al no hacer nada el comprador para pagar dentro del plazo, y hecho el requerimiento notarial por el vendedor, se cumple el artículo 1.504 del Código Civil y puede resolverse la venta. No hay motivo para la moderación de la cláusula penal.

UN CONTRATO ATÍPICO ES VÁLIDO SI EXISTE CAUSA Y EL OBJETO ESTA DETERMINADO, AUNQUE SEA RELATIVAMENTE. NO HAY INCUMPLIMIENTO SI LOS CONTRATANTES HAN HECHO TODAS LAS GESTIONES NECESARIAS PARA CUMPLIR Y NO HAN PODIDO POR CAUSAS QUE NO LES SON IMPUTABLES. (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1998.)

Se celebra un contrato atípico, similar a la permuta, sobre un solar que ha de entregar una de las partes a cambio de unas naves construidas más una suma de dinero. En el contrato se establecen unas cláusulas sobre el precio, propiedad de las naves y facultad de separación si no se les concede la licencia de obras. Los dueños del solar interponen demanda pidiendo el cumplimiento del contrato e indemnización; la demandada contesta pidiendo la desestimación o, subsidiariamente, la resolución por incumplimiento. Se estima la demanda en primera instancia y la Audiencia Provincial confirma la sentencia.

La demandada recurre en casación y la Sala de lo Civil declara válidas las citadas cláusulas, así como la validez de todo el contrato, en el que hay causa, por lo que no puede decirse que haya simulación absoluta. Si el objeto del contrato está relativamente indeterminado (cosa que la Sala no reconoce en este caso concreto) no se anula el contrato por ello, sino que se aplica el artículo 1.167 del Código Civil. Tampoco hay incumplimiento, porque los recurridos han hecho todas las gestiones para obtener la licencia y hubo dilación por causas que no les son imputables, aparte de que ya habían encargado la redacción del proyecto; muchas de estas gestiones las hicieron con la parte recurrente.

EL INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO POR EL VENDEDOR DE LA OBLIGACIÓN DE ELEVAR A PÚBLICO EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DA DERECHO AL COMPRADOR A EXIGIR TAL ELEVACIÓN, SIN PERJUICIO DE DISCUTIR EL CUMPLIMIENTO DE PACTOS NO ESENCIALES EN OTRO PROCESO. (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1998.)

Una SA vende una vivienda y el contrato se celebra en documento privado, estableciéndose diversas cláusulas en cuanto al otorgamiento de escritura pública, entrega de la cosa, gastos y otras obligaciones. El comprador reclama el cumplimiento del contrato, y su demanda se estima en primera instancia. La Audiencia Provincial revoca la sentencia.

El demandante recurre en casación ante la Sala de lo Civil, que establece la infracción del artículo 1.461 del Código Civil, pues el vendedor no ha entregado la cosa vendida ni ha otorgado la escritura alegando el incumplimiento por el comprador de pactos accesorios que no se consideran esenciales, mientras que el demandado no ha pedido la resolución del contrato, ni su cumplimiento, ni ha formulado reconvencción pidiendo el cumplimiento de esos pactos accesorios, sino que sólo ha pedido la desestimación de la deman-

da sin más. En la sentencia de instancia se ha probado, en cambio, que el comprador cumplió sus obligaciones esenciales. Se declaran también infringidos los artículos 7 y 1.256 del Código Civil porque el vendedor no puede subordinar el otorgamiento a exigencias unilaterales. Condena, por tanto, al otorgamiento de la escritura, sin perjuicio de entablar otro proceso para decidir sobre el cumplimiento de los pactos accesorios.

EL MANDATARIO DEBE RENDIR CUENTAS DEL MANDATO Y ABONAR AL MANDANTE LO RECIBIDO EN VIRTUD DEL MISMO, SEGÚN EL ARTICULO 1.720 DEL CÓDIGO CIVIL, SIN QUE SE PUEDA ALEGAR EN CONTRA QUE NO CORRESPONDE A LOS ACTORES ALEGAR OTRA ACCIÓN QUE LA DE DEMOSTRAR LAS INEXACTITUDES DE LAS CUENTAS. (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1998.)

Cinco personas apoderaron a otra para adquirir una finca rústica, fijando, una vez efectuada la compra, sus respectivas porciones de participación y otra más a favor del mandatario; éste vende su parte y también la de los actores a un tercero. Los mandantes demandan al mandatario para que rinda cuentas de sus operaciones y las cantidades que les corresponden por sus respectivas participaciones, así como la declaración del traspaso de los límites del mandato y la consiguiente indemnización por daños y perjuicios. El mandatario, a su vez, formula reconvencción alegando haber cumplido la obligación y exigiendo responsabilidad a dos de los demandantes como administradores de una SA para abonar al demandado una cantidad que le corresponde por la que el comprador de la finca no ha abonado en efectivo porque ha asumido deudas de tal SA, que por dicho importe gravaban la finca. Se estima parcialmente la demanda en primera instancia y la Audiencia Provincial revoca la sentencia al estimar que las cuentas se han rendido y los actores no pueden entablar más acción que la de demostrar la inexactitud de las mismas.

Los actores recurren ante la Sala de lo Civil, que declara, en efecto, la obligación del mandatario de dar cuenta de sus operaciones y de abonar al mandante lo recibido en virtud del mandato (art. 1.720 del Código Civil). Las pruebas practicadas en autos demuestran que la rendición de cuentas presentada era absolutamente incorrecta, y de la apreciación de ellas, el Juzgado de primera instancia llegó incluso a determinar el resultado, sin necesidad de dejar la cuestión para ejecución de sentencia; no es admisible como solución única y forzosa la propuesta por la Audiencia, pues la demanda lo mismo podía impugnar partidas concretas que pedir una nueva rendición, innecesaria como consecuencia de la actividad probatoria.

NO HAY IMPUTACIÓN INADECUADA DE PAGOS SI LA OBLIGACIÓN NO SE HA EXTINGUIDO POR NO HABERSE SATISFECHO LA TOTALIDAD DE LA DEUDA. NO SE INVIERTE LA CARGA DE LA PRUEBA SI LA SEGUNDA INSTANCIA LLEGA A CONCLUSIONES DISTINTAS DE LA PRIMERA BASÁNDOSE EN LAS MISMAS PRUEBAS. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1998.)

Una SA demanda a una Comunidad de Propietarios una cantidad determinada más los intereses por suministros de carbón y gastos del calefactor

contratado para la atención de las calderas. En primera instancia se desestima la demanda; la Audiencia Provincial revoca la sentencia.

La Sala de lo Civil desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad al rechazar (aparte de cuestiones meramente procesales) que haya habido inversión de la carga de la prueba (art. 1.214 del Código Civil), porque cada parte ha presentado las pruebas que les corresponde, y la Audiencia Provincial se ha limitado a sacar de ellas una conclusión distinta de la del Juzgado de primera instancia. Tampoco ha hecho la sentencia impugnada una imputación inadecuada de los pagos (que, según la recurrente, vulnera el art. 1.156 en relación con los arts. 1.172 a 1.174 del Código Civil, porque no ha tenido en cuenta que las aportaciones económicas hechas por la recurrente correspondían a las facturas entregadas por la actora) porque la obligación de la Comunidad no se extinguió por no haber satisfecho la totalidad de la deuda con la recurrida, de manera que el Tribunal de instancia ha aplicado los abonos realizados al saldo resultante.

LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE UN CONTRATO HECHAS CON BASE EN LOS HECHOS QUE EL TRIBUNAL DE INSTANCIA DECLARA PROBADOS SON CORRECTAS PARA DETERMINAR LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL MISMO, (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1998.)

Una SL y una persona física celebran un contrato atípico, bilateral, oneroso, complejo en forma de colaboración, consistente en la introducción y venta en el mercado de los productos diseñados por dicha persona y producidos por la sociedad. El diseñador dio por resuelto el contrato por la facultad concedida en la cláusula decimosexta, hecho que admite la sociedad, que demanda a la otra parte por reclamación de una cantidad determinada más los intereses legales. En primera instancia se desestima la demanda; en segunda, se revoca parcialmente la sentencia y estima la demanda en cuanto a una cantidad menor basándose en el pago que se le debe al demandado de ciertos perjuicios por falta de producción de muestrarios y por inexistencia de una red de ventas adecuada, debiendo probar el demandado, a su vez, la inversión de las aportaciones hechas por la actora en la promoción y publicidad de los productos.

El demandado recurre en casación y la Sala de lo Civil desestima el recurso al decir que los motivos del mismo no tienen más finalidad que combatir el resultado de la prueba realizada en la segunda instancia; no se deja de reconocer la fuerza obligatoria de los contratos ni se interpretan éstos torcidamente si se hace conforme a los hechos que el Tribunal de instancia considera probados.

EN EL ARRENDAMIENTO DE OBRA, SI EL CONTRATISTA EJECUTA OBRAS FUERA DEL PRESUPUESTO APROBADO VERBALMENTE POR EL PROPIETARIO, ACTÚA COMO MANDATARIO DEL MISMO Y NO SE EXTRALIMITA EN SUS FACULTADES CUANDO LA AUTORIZACIÓN DEL MANDANTE ES TACITA POR HABERSE HECHO LAS OBRAS SIN REPAROS POR SU PARTE. (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1998.)

Una sociedad constructora demanda a otra entidad mercantil reclamando una determinada cantidad más los intereses legales por la ejecución de obras

fuera del presupuesto como consecuencia del contrato de arrendamiento de obra celebrado por ambas. El presupuesto de dicha obra se aprobó verbalmente y se firmó por uno de los facultativos. La constructora limitó sus trabajos a los quince primeros capítulos del presupuesto, pero realizó también trabajos que en la demanda se consideran adicionales. En primera instancia, se rechazó íntegramente la demanda; en segunda instancia, se revocó la sentencia y se estimó la demanda, aunque reduciendo la cuantía de la suma reclamada. La demandada recurre en casación.

La Sala de lo Civil desestima los motivos procesales, en los que se discute el valor probatorio del informe pericial sobre los trabajos adicionales; desestima también los motivos del Derecho sustantivo, basados en una posible infracción de los artículos 1.593 y 1.727 del Código Civil, al establecer que, puesto que los arquitectos han dado el visto bueno al presupuesto verbal, son mandatarios del dueño de la obra; si realizan trabajos fuera de presupuesto, no se admite que hayan traspasado los límites de su mandato, porque existe una autorización tácita del dueño (que no hizo reparos a la ejecución de los trabajos adicionales). Además, las obras en cuestión aparecen autorizadas por los arquitectos redactores del proyecto, lo que tiene suficiente virtualidad para determinar una ejecución de obra consentida por el dueño de la misma.

NO HAY ENRIQUECIMIENTO INJUSTO CUANDO EL DESPLAZAMIENTO PATRIMONIAL SE HACE EN VIRTUD DE UN CONTRATO NO DECLARADO NULO Y, POR TANTO, DOTADO DE LEGALIDAD. (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1998.)

Un matrimonio adquirió una casa constante matrimonio, que fue inscrita en el Registro como ganancial. Años después, la esposa vendió la casa a su sobrina por documento privado. Fallecida la sobrina, el esposo e hijo de ésta tramitaron expediente de dominio e inscribieron a su nombre el dominio de la finca, que fue permutada después a terceros y, después, aportado a una SL, a cuyo nombre está ahora inscrita la finca. Las nietas del marido (primer titular de la finca) demandan al viudo e hijo de la sobrina de la esposa (primera titular) por la declaración de la vigencia de la inscripción registral del inmueble como bien ganancial de dicho matrimonio; la nulidad de la venta hecha por la esposa a su sobrina; la nulidad de la inscripción a favor de los demandados, sustituyéndola por inscripción a favor de las demandantes; reclamación de unas sumas determinadas en caso de venta o permuta y de indemnización.

En primera instancia, se estima la demanda en cuanto a las peticiones primera y cuarta y se desestima en cuanto a las demás, particularmente en cuanto a la declaración de nulidad del contrato privado, que se considera que no ha lugar. En segunda instancia, se absuelve a los demandados. Las demandantes recurren en casación.

La Sala de lo Civil desestima el recurso por haberse invocado en los motivos preceptos legales que no fueron invocados en el proceso ni constituyen base de la sentencia recurrida, además de no ser aplicables a la cuestión. Y, en cuanto al último motivo, que alega enriquecimiento injusto, lo rechaza porque, amén de no constar en las actuaciones la liquidación de la sociedad de gananciales del matrimonio primer titular, la transmisión de la finca se debe a un contrato no declarado nulo por ninguna de las dos instancias, lo mismo que los asientos registrales que se derivan de él. Al ser válido el contrato, hay causa justa.

SI SE DECLARA PROBADO EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS POR NO OBTENERSE EL RESULTADO CONVENIDO, NO PROCEDE LA RECLAMACIÓN DE CANTIDAD EN CONCEPTO DE HONORARIOS. (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1998.)

Un abogado ofrece sus servicios a una SA por medio de unas cartas a un amigo suyo, accionista de la entidad. Dichos servicios consisten en gestionar la obtención de préstamos en divisas y conforme al funcionamiento de un mercado con sede en el extranjero, determinándose los honorarios siempre que el costo no exceda de un determinado porcentaje anual; en la primera carta se compromete a renunciar a la minuta si el negocio no llega a buen fin; en la segunda, da los términos en que se ha de celebrar el negocio y pide la aceptación y las debidas autorizaciones de la SA. La SA autoriza, reservándose expresamente la facultad de aceptar o no los términos y condiciones y obtener créditos en moneda extranjera. Pero los contratos que finalmente celebra el abogado son préstamos ordinarios hipotecarios, celebrados con entidades españolas y en pesetas, por lo que no recibe sus honorarios por no ajustarse los contratos a lo pactado. El abogado demanda a la SA y se desestima la demanda en primera instancia. La Audiencia Provincial confirma la sentencia.

El demandante recurre en casación y la Sala de lo Civil desestima el recurso porque, siendo evidente y probado en las sentencias de instancia que los contratos celebrados no se ajustan a lo pactado expresamente en el contrato de servicios, no se ha obtenido el fin perseguido (ésta es una cuestión de hecho que corresponde apreciar a los Tribunales de instancia), por lo que el abogado no puede reclamar los honorarios a los que voluntariamente renunció llegado tal caso. No se infringen las reglas de interpretación de los contratos por la claridad de los antecedentes y términos de éste en particular.

LA PRESUNCIÓN DE COSA JUZGADA SOLO SURTE EFECTO MIENTRAS SE RESPETE LA EXIGENCIA DE «TRIPLE IDENTIDAD» DEL ARTICULO 1.252 DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1998.)

En 1982, el recurrente celebra con los recurridos un contrato de obra cuyo cumplimiento demanda después; el Juzgado de 1.^a Instancia condenó a los demandados a entregar la obra, sentencia confirmada en apelación y casación. En 1992, el actor demandó ante el mismo Juzgado a los mismos demandados, exigiendo indemnización por daños y perjuicios por el incumplimiento de dicho contrato. Los demandados formularon reconvención para que el demandante les abonara una cierta suma más los intereses legales. En primera instancia, se desestimaron la demanda y la reconvención. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia.

La Sala de lo Civil estima el recurso de casación interpuesto por el demandante al admitir el motivo principal: infracción del artículo 1.252 del Código Civil. En efecto, se entiende por «cosa juzgada» la imposibilidad de que lo resuelto en un determinado proceso no pueda ser debatido en nueva contienda judicial si se dan los supuestos de «triple identidad» a los que el citado artículo se refiere. Sin embargo, los límites de la cosa juzgada deben ser coincidentes con los límites exactos del objeto del proceso, y, por tanto, la cosa juzgada comprenderá lo que efectivamente se ha resuelto en la sentencia. Lo que significa que no es necesario que el titular de varios derechos los

ejercite en su totalidad y conjuntamente contra la misma persona, sino que puede hacerlo parcialmente, de forma que no surte efecto de cosa juzgada la resolución de una de esas acciones respecto a un ejercicio futuro de las otras. Además, para que haya cosa juzgada ha de haber contradicción evidente entre lo que se resolvió y lo que de nuevo se pretende, de forma que no pueda haber armonía entre esos dos fallos. En este caso concreto hay una falta absoluta de identidad entre el objeto del primer proceso (cumplimiento del contrato) y el del actual (indemnización), pues se trata de dos acciones distintas, aunque podrían haber sido ejercitadas conjuntamente, pero el actor no estaba obligado a ello. Por tanto, falta la identidad de cosas y causas (art. 1.252), necesaria para el éxito de excepción de la cosa juzgada.

Por todo lo dicho anteriormente, el recurrente tiene derecho a demandar indemnización por incumplimiento de contrato, y, puesto que ha habido incumplimiento, tal indemnización se le debe.

EL INCUMPLIMIENTO DEL «DEBER DE FIDELIDAD» POR EL PROFESIONAL CUYOS SERVICIOS SE CONTRATAN ES MOTIVO EVIDENTE PARA PEDIR LA DEVOLUCIÓN DE DOCUMENTACIÓN Y LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1998.)

Una SA demanda a un abogado para que éste devuelva los expedientes de la sociedad que estaban a su cargo e indemnice por negligencia en el cumplimiento de los servicios que debía prestar. Se estima la demanda en primera instancia y se revoca la sentencia en la segunda. La actora recurre en casación.

La Sala de lo Civil establece que el profesional cuyos servicios se contratan tiene la obligación esencial de prestarlos y también el llamado «deber de fidelidad» (aceptado por la doctrina y la jurisprudencia con base legal en el art. 1.258 del Código Civil y en el fundamento del contrato de servicios). Este deber incluye el deber de informar adecuadamente al cliente y custodiar los documentos que reciba del mismo como consecuencia de su actuación profesional, y esto se exige no sólo durante la vigencia del contrato, sino también como consecuencia de su extinción; como el contrato está fundado en una relación de confianza (*intuitupersonae*), puede disolverse por voluntad unilateral de cualquiera de las partes.

En este caso (como declara expresamente la sentencia de instancia) el abogado incumplió el deber de información y no entregó la documentación cuando le fue pedida por su cliente. Por tanto, ha faltado al «deber de fidelidad» y debe devolver los documentos e indemnizar a la actora por daños y perjuicios (cuya existencia, si son patentes, no hace falta probar, sino sólo su cuantía, en autos o en ejecución).

LA NULIDAD DE UNA ESCRITURA POR RETROACCIÓN DE LA QUIEBRA ROMPE EL NEXO CAUSAL ENTRE LA NEGLIGENCIA DEL NOTARIO AL INCIDIR EN DEFECTO SUBSANABLE Y EL IMPORTE DE LA DEUDA QUE GARANTIZABA LA HIPOTECA POR DAÑO RECLAMADO. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1998.)

En 1992 se otorgó ante un notario una escritura de reconocimiento de deuda con garantía hipotecaria por la que una sociedad constructora (repre-

sentada por una persona) reconoció adeudar a la recurrente (una SL) una suma para cuyo pago aceptó cuatro letras, y otra sociedad (representada por la misma persona que la constructora) constituyó segunda hipoteca sobre una finca de su propiedad para garantizar el pago de dicha deuda. Se presenta la escritura en el Registro de la Propiedad, retirándose después por caducidad al no haberse pagado el ITP y AJD, hasta que se puso dinero a disposición del notario, pagándose posteriormente. El documento vuelve a presentarse y se suspende la inscripción por estar la entidad deudora y la hipotecante representadas por la misma persona, es decir, hay autocontratación y se pide la ratificación de la Junta General de la sociedad hipotecante. El asiento caduca por no devolución del documento dentro del plazo con subsanación del defecto sin que éste se hubiera hecho constar en la escritura, en la que el notario afirmó que los comparecientes gozaban de plena capacidad para el otorgamiento. Mientras tanto, se han anotado siete embargos a favor de terceros y la sociedad hipotecante quiebra. La SL acreedora (recurrente) demanda a la SA deudora, a la aseguradora y a los herederos del notario por la negligencia de éste, que, según la demanda, le impide ejecutar la hipoteca.

En primera instancia se estima la demanda; la Audiencia Provincial revoca la sentencia. La demandante recurre en casación.

La Sala de lo Civil no admite la infracción del artículo 22 LH en relación con el artículo 146 RN, porque la demora en el pago del impuesto es imputable a la actora o a un tercero, pero en ningún caso a los demandados. Y aunque hubo negligencia por parte del notario, la retroacción de la quiebra de la SA hipotecante anula todos los actos a los que alcanza tal retroacción (entre ellos, la hipoteca), y se trata de una nulidad intrínseca y absoluta que no precisa declaración judicial de invalidez de los actos afectados. No se acepta la infracción de los artículos 34 y 132 LH por estimar que no está ante supuestos de tercero hipotecante. Puesto que la hipoteca ha quedado anulada, la nulidad de la escritura de su constitución rompe el nexo causal en cuanto al enlace de la negligencia del notario con el daño objeto de reclamación, limitado al importe de la deuda garantizada, sin perjuicio de otros daños; la nulidad absorbe la negligencia e impide que ésta produjese el daño pretendido.

EL EMPRESARIO QUE CONTRATE O SUBCONTRATE CON OTRO UNA OBRA TIENE LA OBLIGACIÓN DE COMPROBAR QUE EL CONTRATISTA O SUBCONTRATISTA ESTÁ AL CORRIENTE DE PAGO A LA SEGURIDAD SOCIAL, SIEMPRE QUE LA OBRA SE CORRESPONDA CON LAS ACTIVIDADES DEL EMPRESARIO. (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1998.)

Una SL promotora concierta una obra de carpintería con una SA en el edificio promovido por la primera. La SA no acabó la obra dentro de plazo, por lo que la promotora resolvió el contrato y celebró otro con otras empresas. La SA demanda a la promotora el pago de una determinada suma más los intereses legales en pago de sus servicios, y la demandada formula reconvencción alegando la resolución por incumplimiento, señalando que debe una cantidad menor (de la que se hacen ciertas deducciones), y que el pago de la misma está condicionado a que la demandante presente previamente los justificantes de pago de las cuotas de Seguridad Social y de las nóminas de los trabajadores. En primera instancia se desestima la demanda y se estima la

reconvencción. La Audiencia Provincial revoca parcialmente la sentencia al disponer que la demandada ha de pagar la suma establecida en la reconvencción, pero sin que el pago esté sometido a hecho o condicionante alguno; confirma los demás pronunciamientos de la sentencia de primera instancia. La demandada recurre en casación.

La Sala de lo Civil desestima el recurso al entender que la responsabilidad solidaria del empresario con sus contratistas o subcontratistas por obligaciones salariales o hacia la Seguridad Social (art. 42 ET de 1980) sólo se aplica a los casos en que los empresarios subcontratan obras o servicios correspondientes a su propia actividad, lo que no se da en el caso presente (la demandante se dedica a la carpintería y la demandada a la promoción inmobiliaria); además, era la demandada la que tenía obligación de comprobar dichos pagos (según el citado artículo), y no lo hizo en ningún momento, dejando también transcurrir el plazo legal para exigir responsabilidad alguna que requiera justificación.

LA RESOLUCIÓN DE UNA VENTA POR FALTA DE PAGO ES PROCEDENTE SI SE CUMPLEN LOS REQUISITOS DEL ARTICULO 1.504 DEL CÓDIGO CIVIL. LOS HECHOS QUE EL TRIBUNAL DE INSTANCIA DECLARA PROBADOS NO SON MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN. (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1998.)

Una incapaz vende su piso (obtenida la correspondiente autorización judicial) a la arrendataria del mismo que está alojada en él. Como la compradora no paga más que una parte del precio que no llega al 10 por 100 del total, se le hace requerimiento por telegrama, y habiendo hecho caso omiso, la venta se resuelve por acto de conciliación. La compradora no desaloja el piso, por lo que la madre de la vendedora la demanda para que lo haga, ofreciéndole las cantidades recibidas como parte del precio. Se estima la demanda en primera instancia y la Audiencia Provincial confirma la sentencia. La demandada recurre en casación.

La Sala de lo Civil desestima el recurso porque considera cumplidos todos los requisitos del artículo 1.504 del Código Civil (porque la resolución hecha en acto de conciliación es requerimiento judicial), y porque ve que el motivo invocado (infracción de la jurisprudencia) es un intento de combatir la apreciación de la prueba por el Tribunal de instancia; si éste declara probados los hechos en que se funda su resolución, ya no son revisables por vía casacional, por no ser ésta una tercera instancia.

LA APRECIACIÓN DE LA EXISTENCIA DE CAUSA O DE POSIBLES VICIOS DEL CONSENTIMIENTO EN EL CONTRATO ES UNA CUESTIÓN DE HECHO Y NO ATACABLE POR VIA CASACIONAL. (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1998.)

El recurrente adquirió por venta una opción de compra sobre dos fincas (derecho que el comprador adquirió a su vez de terceros). El vendedor le demanda por el pago de la venta. Se estima la demanda en primera instancia y se confirma la sentencia en segunda instancia. El demandado recurre en casación.

Se desestima el recurso por entenderse que los motivos invocados (falta de causa por no ser el vendedor verdadero titular del derecho de opción y consentimiento viciado del comprador por creer que contrataba con el titular) son cuestiones de hecho, cuya apreciación corresponde al Tribunal *a quo* y debe ser mantenida y respetada en casación.

LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS ES FUNCIÓN EXCLUSIVA DE LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA, SALVO QUE CONCULQUE LAS NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1998.)

Una sociedad compró en el extranjero maquinaria para su fábrica y contrató a otra entidad para transportar la maquinaria dentro de unos plazos determinados conforme a los cuales se iría pagando el precio, prestando un aval bancario a favor de la transportista por un plazo concreto. Transcurrido el plazo fijado en el aval, la sociedad resuelve el contrato por no haber cumplido la transportista por completo en el tiempo que se le fijó. La transportista demanda a la sociedad y al Banco por una determinada suma más los intereses legales, y reclama también que la garantía se estima mancomunada. La primera instancia desestima la demanda y la segunda instancia confirma la sentencia. El demandante recurre en casación.

Se desestima el recurso por entenderse que los motivos invocados (principalmente, infracción de las normas del Código Civil sobre interpretación de los contratos) no se sostienen: la función de interpretación contractual corresponde a los Tribunales de instancia y debe ser mantenida en casación, a no ser que conculque las normas del Código Civil; aquí no se da el caso, pues los términos del contrato son claros y también está claro que ha habido incumplimiento por parte del recurrente, como declara probado la sentencia recurrida, por lo que la resolución del contrato y la extinción del aval son ajustadas a Derecho.

SI EL DEUDOR DEJA DE PAGAR LAS RENTAS DEL «LEASING» POR HABER SOLICITADO LA DECLARACIÓN DE SUSPENSIÓN DE PAGOS Y RECONOCE QUE LA SOCIEDAD ARRENDADORA ES PROPIETARIA DE LOS BIENES, SE TRATA DE MUTUO DISENDO Y NO HAY APLICACIÓN INADECUADA DEL ARTICULO 1.124 DEL CÓDIGO CIVIL PARA PONER FIN AL CONTRATO. (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1998.)

Una sociedad de *leasing* celebra un contrato de arrendamiento financiero de bienes muebles con una SL, siendo avalistas dos personas físicas. Posteriormente, la SL pidió la declaración de suspensión de pagos y cesó en el pago de las rentas, reconociendo la propiedad de la sociedad arrendadora sobre los bienes; los avalistas se encuentran en absoluta insolvencia. La arrendadora demanda a la SL y a los avalistas el pago de las rentas vencidas y no satisfechas, las que se devenguen hasta la ejecución de la sentencia, la cláusula penal pactada y los intereses legales. Los avalistas no contestan y son declarados en rebeldía. La demanda es estimada en primera instancia y la sentencia es revocada parcialmente en la segunda instancia, que declara resuelto el contrato y reduce la suma que ha de pagarse a la demandante, a quien ambas

sentencias declaran que pertenece la propiedad de los bienes. La demandada recurre en casación.

La Sala de lo Civil declara que el primer motivo no puede admitirse porque alega infracción del artículo 17 de la Ley de Suspensión de Pagos, que se refiere a la oposición al convenio, pero la sentencia recurrida reconoce que la acreedora se sometió al convenio y deberá seguir para cobrar las vicisitudes del expediente concursal, por ser un crédito de naturaleza común; el segundo motivo que invoca la inaplicación del artículo 1.124 del Código Civil, tampoco es admisible, porque si el contrato vence por impago, el deudor reconoce tal impago y devuelve voluntariamente los bienes, hay mutuo disenso y el contrato se da por terminado y no produce más obligaciones. Si el demandado quería evitar las consecuencias económicas debió haber combatido las partidas vencidas y no se dice nada de ellas en el recurso.

LA RESOLUCIÓN DE LA COMPRAVENTA ES PROCEDENTE SI EL OBJETO NO ES APTO PARA EL USO AL QUE SE LE DESTINA. (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1998.)

Una SA demanda a una persona física el pago del precio de la venta de semillas de algodón para consumo animal. El demandado formula reconvencción pidiendo la nulidad de la compraventa (por no ser aptas las semillas para el uso que les había destinado) y la devolución recíproca de las prestaciones hechas: que se condene a la demandante a devolver la parte del precio entregada y a indemnizar daños y perjuicios; subsidiariamente, se pide la resolución del contrato con las mismas consecuencias. En primera instancia se estima la demanda y se desestima la reconvencción. La Audiencia Provincial revoca la sentencia y estima parcialmente la reconvencción al resolver el contrato. La demandante recurre en casación.

La Sala de lo Civil declara que en las sentencias de instancia se practicó la prueba pericial que demostró que el objeto no era apto para el uso que el comprador quería darle. La valoración de la prueba y los hechos probados en dichas sentencias no son susceptibles de casación, pues ésta no es una tercera instancia. Los hechos determinan la procedencia de la resolución, caso al que no son aplicables los preceptos invocados en los motivos.

EN LOS CONTRATOS RECÍPROCOS DE MANDATO RETRIBUIDO SUBSISTE LA FACULTAD DE REVOCAR CUANDO SE HA ESTABLECIDO UN PLAZO DETERMINADO DE DURACION, PERO SI UNA DE LAS PARTES IMPONE LA REVOCACIÓN SIN CAUSA JUSTIFICADA, HA DE INDEMNIZAR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CAUSADOS A LA OTRA. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1998.)

Una SL celebra un contrato con una SA para la prestación de servicios industriales por cuenta y riesgo de la SL a favor de la SA (se enumeran en el contrato); se fija el precio y la forma de pago, así como el plazo de duración (tres años prorrogables a contar desde el día de la fecha del contrato). La SL realiza los servicios encomendados y la SA le requiere notarialmente de resolución antes de transcurrir el plazo señalado. La SL demanda sus honorarios e indemnización por daños y perjuicios, más los intereses de unos y otra. La

demandada formula reconvención para que se declare nulo el contrato mixto de prestación de servicios y, subsidiariamente, se desestime la demanda. La primera instancia estima la demanda y desestima la reconvención, y la segunda instancia confirma la sentencia. La demandada recurre en casación.

La Sala de lo Civil declara que la calificación del contrato (que la demandada dice ser atípico y mercantil y que la sentencia impugnada dice ser de arrendamiento de servicios) carece de trascendencia, pues es igualmente un contrato recíproco de duración preestablecido. Por tanto, es un mandato retribuido al que la jurisprudencia aplica la doctrina de que en estos contratos pueden igualmente ser revocados aunque se haya fijado un plazo de duración en interés de ambos contratantes, pero si se impone la revocación por el mandante antes del transcurso del plazo sin demostrarse justa causa (incumplimiento), éste debe indemnizar al mandatario los daños y perjuicios que le cause.

M.^a C. C. G.

C) ARRENDAMIENTOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

Arrendamientos rústicos

SUBROGACIÓN ARRENDATICA.—LA INDIVISIÓN EN LA SUCESIÓN DEL ARRENDAMIENTO QUE ESTABLECE EL ARTICULO 8 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS PUEDE SER DEROGADA POR LA VOLUNTAD DEL ARRENDADOR, PORQUE NO LO PROHIBE LA LEGISLACIÓN ARRENDATICA, YA QUE NO ES DE ORDEN PUBLICO ESTA CARACTERISTICA, SIENDO VALIDO EL CONVENIO ENTRE EL ARRENDADOR Y LOS SUCESTORES DEL ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1994.)

El Juzgado de Carballo estimó la demanda, pero la Audiencia de La Coruña revocó la anterior.

No procede la casación. Dos hermanas, sucesoras de su padre en el arrendamiento de un lugar acasado, demandan a sus otros dos hermanos pidiendo la nulidad de la escritura de arrendamiento, suscrita por estos últimos con la arrendadora, por haber sido elegida una de las dos como sucesora por mayoría de los que tenían derecho a suceder en dicho arrendamiento. Como vimos, la Audiencia, revocando la sentencia de 1.^a Instancia, desestimó la demanda, lo que confirma el Tribunal Supremo, atribuyendo eficacia a la partición entre los herederos del arrendatario. El artículo 8 LAR regula la sucesión del arrendatario y tiene como presupuesto la indivisión del arrendamiento, por lo que, si son varios, ha de elegir a uno, pero esta indivisión puede ser derogada por voluntad del arrendador, ya que no lo prohíbe la LAR ni hay razón para estimar de orden público esta característica, por lo que es válido y eficaz el convenio entre éste y los sucesores con derecho a suceder en el arrendamiento, en virtud del cual cada uno de ellos sea arrendatario de parte del objeto arrendado, originándose tantos contratos como sucesores

haya, que es lo que ha ocurrido en este caso. Pactada la partición entre dos de los hermanos y realizada la división por la propiedad, pactando un contrato con cada uno de ellos y dispuesto a pactar otro con la otra hermana, no es dudoso que no pueda invocarse la indivisibilidad del arrendamiento, para anular todo lo actuado.

APARCERIA.—AUNQUE LA FINCA, EN VIRTUD DE DIVERSAS SEGREGACIONES, HAYA DESAPARECIDO REGISTRALMENTE, NO CABE DUDA QUE EXISTE REALMENTE, YA QUE LOS APARCEROS LA HAN POSEÍDO COMO TALES Y A ELLOS LES INCUMBE PROBAR LA IDENTIDAD DE LA FINCA Y ACLARAR EL TÍTULO POSESORIO. (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1994.)

El Juzgado número 1 de Barcelona desestimó la demanda, pero triunfó en parte la apelación, declarando resuelta la aparcería.

No se admite la casación. Se basa este recurso en que, después de diversas segregaciones, ha desaparecido registralmente la finca matriz, situación que hace pensar en que la finca ocupada en aparcería no es de la propiedad de los actores. Pero se olvida que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria otorga a favor del titular inscrito una presunción *iuris tantum*, susceptible de prueba en contrario, pues el Registro carece de una base fáctica fehaciente, reposando sobre las declaraciones de los otorgantes, quedando las circunstancias físicas de la finca fuera de la fe pública. En el transcurso del litigio no se ha aducido por ninguna de las personas intervinientes objeción alguna respecto a la identificación efectiva de la finca quedando esta totalmente localizada a virtud de los planos aportados. Además existe el siguiente razonamiento lógico: los recurrentes han venido poseyendo en aparcería una finca propiedad de los actores. Si la finca registral ha desaparecido, a virtud de sucesivas segregaciones, como se sostiene por los recurrentes y ellos siguen poseyendo y cultivando una finca en aparcería, propiedad de sus oponentes, era de su incumbencia identificar tal fin y aclarar el título posesorio que ostentan sobre la misma, pues ha de entenderse que no nos movemos frente a una acción reivindicatoria, sino ante una resolución contractual arrendataria.

ACCESO A LA PROPIEDAD Y SUBROGACIÓN EN EL CONTRATO.—EL PADRE CONSERVABA LA CONDICIÓN DE CULTIVADOR PERSONAL DIRECTO, A PESAR DE SU CONDICIÓN DE PENSIONISTA, POR LO QUE PUDO EFECTIVAMENTE REALIZAR LA SUBROGACIÓN EN EL CONTRATO A FAVOR DE SU HIJA. (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1994.)

El Juzgado de Bergara estimó la demanda y la Audiencia Provincial confirmó la misma.

No se admite la casación. Se realizó la subrogación por el arrendatario a favor de su hija y del esposo de la misma, que no fue aceptada por el propietario, que lo hizo constar en documento notarial debidamente notificado a los interesados. La situación de jubilado del arrendatario no obsta a la de cultivador personal, como reconoce reiterada jurisprudencia de esta Sala (entre las diversas sentencias están las de 11 de octubre de 1993 y 11 de diciembre de 1993). Por tanto, no procedía la resolución del contrato del artículo 75.4

LAR, por lo que pudo efectuar la subrogación válidamente, como prevé el artículo 73 de la misma Ley. La hija subrogada cumplía las condiciones de la ley, pues el hecho de señalarse también al esposo no actúa como excluyente del derecho de aquélla que subsiste y opera en su favor por ser la única legitimada para acceder a la condición de arrendatario con la plena asistencia de los derechos derivados de la relación locaticia rústica, entre ellos el de acceso a la propiedad. El padre venía gozando de la aptitud legal para ser tenido como cultivador personal y la subrogación que realizó se ha reputado válida, surtiendo todos los efectos legales correspondientes, lo que excluye el fraude alegado, ya que aunque no hubiera dicha subrogación también asistiría al padre el derecho de adquisición preferencial del caserío.

Arrendamientos urbanos

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—EL DOMICILIO DE LAS PERSONAS JURÍDICAS ES ÚNICAMENTE EL SOCIAL Y SI LA ENTIDAD QUE OCUPA EL LOCAL ARRENDADO ES DISTINTA DE LA ARRENDATARIA, ELLO DEMUESTRA QUE SE HA EFECTUADO UN CAMBIO DE PERSONA NO AUTORIZADO EN CUANTO A LA ENTIDAD ARRENDATARIA. (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado número 20 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia confirmó.

No se da la casación. La entidad arrendataria era distinta de las que tienen ahora su domicilio en el local arrendado, ejercitando en él toda su actividad, recibiendo allí toda la correspondencia dirigida a ellos, lo que demuestra el cambio de arrendatario sufrido respecto de la que era la única arrendataria hasta entonces, ya que el domicilio afecta a la condición de ejercicio de los derechos y el domicilio de las personas jurídicas es, únicamente, el social.

ARRENDAMIENTO SIMULADO BAJO LA FORMA DE OPCIÓN DE COMPRA.—LA INTENCIÓN DE LOS CONTRATANTES ERA PACTAR UN ARRENDAMIENTO Y NO UNA OPCIÓN DE COMPRA. (SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado número 1 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia Provincial confirma.

No se da la casación. El criterio que ha prevalecido en ambas instancias es el de que los contratos no son de opción de compra sino de arrendamiento, disimulados bajo la forma de opción para evitar las consecuencias de las prórrogas legales a que sujeta la legislación especial. La permanente referencia a los documentos, recibos y nombre que se dio a las relaciones entre las partes, mantiene el debate en una perspectiva errónea nominalista que no incide en la recta aplicación del artículo 1.282 del Código Civil, pues es doctrina reiterada de esta Sala la de que la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención de los contratantes y de las declaraciones de voluntad que lo integran y no de la denominación que le hayan atribuido las partes, siendo el contenido real del contrato el que determina su calificación, y así se deduce de los siguientes elementos: plazo máximo para el ejercicio de la

opción con posibilidad de renovación indefinida, dejación del derecho de opción a la exclusiva voluntad del optante, plazo de ejercicio establecido unilateralmente, precio global pagadero en mensualidades, incremento del precio y de los plazos en función del índice de precios al consumo, datos que, en conjunto y con ponderada voluntad, llevan a la calificación contractual, objeto de impugnación.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO.—NO ES NECESARIO DEMANDAR AL CESIONARIO PARA QUE SE PRODUZCA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO A DIFERENCIA DE LO QUE OCURRE EN LOS SUBARRIENDOS SEGÚN EL ARTÍCULO 17 LAU. (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado número 7 de Barcelona estimó en parte la demanda y la Audiencia desestimó la apelación.

No se admite la casación. Se basa el recurso en que el arrendatario cedió su derecho a una sociedad y, posteriormente, ésta lo cedió a otra que, en la actualidad es la ocupante del local sin que haya sido llamada al proceso. Según reiterada jurisprudencia, en los casos de traspaso incontestado no es preciso demandar al cesionario porque la cesión ilícita no tiene efecto alguno en el contrato y cuando la ley quiere que se demande al tercero lo dice expresamente, como ocurre en el artículo 17 LAU para los subarrendatarios. El «litisconsorcio» pasivo se da cuando la presencia de todos no obedece a criterios de oportunidad sino de necesidad que se dan cuando los posibles titulares del derecho carecen de cualquier interés legítimo. El arrendatario no comunicó esa sustitución por una sociedad irregular, luego reemplazada por una sociedad anónima, sin que le alcanzara ya la autorización contractual y sin cumplir las formalidades legales para el traspaso del local. El contrato se celebró con el demandado, y éste tuvo facultad de ceder a un tercero, en virtud de autorización temporal concedida en el contrato de la que no hizo uso, por lo que se quedó como titular arrendaticio. Cualquier otro traspaso posterior debió acomodarse a la LAU. Fenecida la facultad del arrendatario para cambiar la persona del titular, toda otra situación de alteración objetiva es sólo posible si se cumplen los requisitos legales y, como no se cumplieron, procede la aplicación del artículo 114, causa 5.^a LAU.

RESOLUCIÓN DE CONTRATO.—ES INDUBITADA LA CESIÓN DEL CONTRATO A UN TERCERO. PROCEDE LA CAUSA RESOLUTORIA DEL ARTÍCULO 114.2 LAU AUNQUE NO HAYA SIDO DEMANDADO EL CESIONARIO. (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado número 17 de Madrid estimó la demanda y la Audiencia Provincial rechazó la apelación.

No se da la casación. El local estaba arrendado para Instituto de Belleza, quedando prohibida toda cesión, subarriendo, traspaso u hospedaje, salvo licencia del arrendador. En dicho local se instaló una clínica dental, haciéndose publicidad de la misma. Hay reiterada jurisprudencia que declara innecesario que se demande a los terceros, extraños a la relación jurídico-material, es decir, a los cesionarios o subarrendatarios y, por lo tanto, no es admisible el motivo que alega el incumplimiento del «litisconsorcio» pasivo por no haber sido de-

mandado el cesionario, sin que esto se desvirtúe por la resolución del Tribunal Constitucional de 6 de abril de 1988, ya que no existe constancia alguna de que la identidad del subarrendatario fuera conocida por la parte actora. Una sentencia pronunciada frente al arrendatario puede ser oponible frente al subarrendatario pese a no haber sido éste parte en el proceso, pero siempre que ese subarrendatario haya permanecido legítimamente extraño al procedimiento cuando no pudiera alegar ningún derecho propio frente al arrendador, en cuyo caso la sentencia no podría tener efectos directos sobre su derecho. Es exigible, a la luz del artículo 24 de la Constitución, la necesidad de llamar al subarrendatario o cesionario cuando lo que se discute en el juicio de desahucio es la legitimidad de tal subarriendo. Se desprende que la misma doctrina no es aplicable al caso concreto de autos, ya que el subarrendatario no podía articular derecho alguno frente al arrendador. Es indubitada la cesión del local por la arrendataria en favor de un tercero que, sin formar parte de ella, comparte el uso y disfrute de aquél, sin autorización por parte del arrendador, encajando en la causa resolutoria segunda del artículo 114 LAU.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE PARENTESCO NO ES BASTANTE PARA ESTIMAR JUSTIFICADA LA INTRODUCCIÓN DE UN TERCERO EN LA RELACIÓN ARRENDATICIA. (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado número 4 de Málaga desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior.

No triunfa la casación. Se introduce en el debate una cuestión nueva, no planteada en la instancia, pues si el recurrente basaba su defensa en que la titularidad arrendaticia la ostentaba su hija y no el demandado, ahora alega la titularidad del recurrente, en tanto que la hija está al frente del negocio sin que se produzca sustitución en la persona del arrendatario. La existencia de una relación de parentesco no es bastante, en contra de la tesis del recurrente, para estimar justificada la introducción de un tercero en la relación arrendaticia. Los supuestos de hecho contemplados en las sentencias citadas no guardan similitud alguna con los alegados por el recurrente, en su contestación a la demanda y que declara probados la sentencia recurrida, en virtud de los cuales la hija del recurrente es la titular del negocio desarrollado en el local litigioso en beneficio propio de ella sin que conste ninguna relación de dependencia económica o laboral entre padre e hija.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—EL CONSENTIMIENTO PARA LA CESIÓN PUEDE SER TACITO, QUE DEBE DEDUCIRSE DE HECHOS CONCLUYENTES E INEQUÍVOCOS QUE LLEVEN AL CONVENIMIENTO DE HABER EXISTIDO LA AUTORIZACIÓN PARA LA SUSTITUCIÓN DEL ARRENDATARIO. (SENTENCIA DE 26 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado número 12 de Bilbao desestimó la demanda y la Audiencia rechazó la apelación.

No prospera la casación. Las sentencias de instancia declaran probado que, aunque en el contrato de arrendamiento figura una persona física como arrendatario, ello se debe a que la sociedad mercantil arrendataria se hallaba

en fase de constitución, por lo que no podía contratar al carecer de personalidad jurídica. Tal persona fue uno de los socios fundadores de la sociedad y el objeto del arrendamiento era el doblaje cinematográfico que era también el objeto social de la empresa. Las rentas han sido siempre pagadas por la sociedad, llegando a la conclusión de que la arrendadora había prestado su consentimiento a que tan pronto como quedara constituida la sociedad, fuera dicha entidad la verdadera arrendataria y no quien figuraba formalmente en el contrato con tal carácter. Se declara probado por los actos posteriores a la celebración del contrato el consentimiento de la arrendadora para la cesión o transmisión efectuada, como hemos visto. Existe reiterada jurisprudencia que dice que el consentimiento para la cesión puede ser tácito, que debe deducirse de hechos concluyentes e inequívocos que lleven al convencimiento de haber sido autorizada la sustitución, siendo las cuestiones relativas a la existencia o inexistencia del consentimiento contractual de mero hecho, cuya apreciación es facultad privativa de los tribunales de instancia que sólo puede ser revisada en casación por la vía del error en la apreciación o valoración de la prueba, lo que no ocurre en este supuesto.

RETRACTO.—NO PROCEDE ESTE DERECHO PORQUE NO COINCIDE LO POSEÍDO POR EL ARRENDATARIO CON LO QUE FUE OBJETO DE LA VENTA. (SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado número 7 de Lérida desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó la apelación.

Triunfa la casación. Se desestima el motivo relativo a la prescripción porque el demandado admite la desestimación de la excepción de caducidad, no pudiendo ir contra sus propios actos. Sí prospera el motivo segundo, porque lo vendido no coincide con lo arrendado al actor, según los datos del Registro en el que aparece aquel objeto como un tercero en el que hay tres naves y lo vendido fue un pedazo de tierra en la que existían tres almacenes. No se han vendido los almacenes, agrupados unos a otros, sino un terreno donde se ubican los mismos, que es cosa muy distinta, pues no nace la acción de retracto, mientras que en el caso anterior, sí.

RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL.—LOS DOCUMENTOS APORTADOS POR EL RECURRENTE NO SON LO SUFICIENTEMENTE CONTUNDENTES E INDUBITADOS PARA DESTRUIR LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA HECHA POR LOS TRIBUNALES DE INSTANCIA. (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado número 10 de Barcelona estimó la demanda y la Audiencia desestimó la apelación.

No prospera la casación. Se alega que hubo error en la sentencia porque dice que el conocimiento y el consentimiento de la intromisión en el local de un tercero se prueba sólo por la presencia de la propietaria en el local, en una sola ocasión. En realidad fueron muchos los medios probatorios que acreditan la relación directa y cotidiana de la propietaria con el tercero, consintiendo expresa y tácitamente su introducción en el local. El error ha de basarse no sólo en pruebas testificales o en la confesión, sino en documentos, y éstos

no son contundentes e indubitados para probar el error, como exige esta Sala y que estén en franca contradicción con las afirmaciones del juzgador. En este caso son irrelevantes, en punto a evidenciar la concurrencia de los actos concluyentes a que se hizo mención, ya que la tenencia de recibos de agua y luz del local tan sólo puede indicar, a lo sumo, que el consumo hubiera sido satisfecho por aquél, pero no acreditan el conocimiento por la arrendadora de su ocupación y permanencia en el local y, mucho menos, el consentimiento por dicha señora en cuanto a tal introducción. Lo que determina la resolución del contrato es la sustitución del arrendatario por un tercero en el uso de la cosa arrendada sin cumplir con los requisitos que la Ley previene para su validez y sin que sea necesario precisar si tal constitución constituye traspaso, cesión o subarriendo ya que, cualquiera de estas transmisiones opera el cambio de goce de la cosa en cuestión.

RETRACTO.—SOLAMENTE PROCEDE EL RECURSO DE CASACIÓN EN CUANTO AL RETRACTO DE LOCALES DE NEGOCIO Y NO AL DE VIVIENDAS. (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado de Luarca estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial revocó la anterior, no admitiendo el retracto, pero sí la impugnación de la venta para que los adquirentes no puedan negar la prórroga del contrato a la inquilina.

No se admite la casación. La recurrente ejercitó dos clases de acciones, una pidiendo el retracto y la segunda, de impugnación de la transmisión llevada a cabo, pero, admitida esta última, la casación se limita a la acción retractual, que no fue admitida por la Audiencia Provincial. Pero este supuesto no es susceptible de casación porque la disciplina normativa de la ley arrendaticia, en su artículo 135 solamente prevé la casación para los locales de negocio en régimen arrendaticio y con la cuantía que la ley establece. Como tampoco tiene apoyo en las normas pertinentes de la LEC, debe desestimarse la admisión de este recurso.

RETRACTO.—LA VENTA EN PUBLICA SUBASTA IMPIDE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE TANTEO PERO NO EL DE RETRACTO DE LA VIVIENDA VENDIDA, SI SE DAN LOS REQUISITOS DEL ARTICULO 48 LAU. (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1994.)

El Juzgado número 3 de Madrid desestimó la demanda y la Audiencia confirmó.

Triunfa la casación. Ejercitado el retracto dentro de los dos meses siguientes a la celebración de una subasta judicial del piso que ocupaba el retrayente, la sentencia de primera instancia es desestimatoria por entender que no tiene derecho de retracto el inquilino que tomó parte en la subasta, pues pudo adjudicarse la vivienda en el mismo precio que el adjudicatario. La Audiencia dice que para que el derecho pueda generarse es indispensable que se le haga la notificación del artículo 33, pero esta notificación no es precisa cuando el retrayente conoce la operación de venta y todas sus condiciones, de lo que concluye que todo partícipe en la subasta, siendo arrendatario, pierde el derecho a retraer, sin que ello prive de derecho alguno al

retrayente, puesto que seguirá como inquilino y sería abusivo darle el piso por precio inferior a la capitalización de la renta conforme al artículo 53 LAU. La confusión de dos instituciones, tanteo y retracto aconsejan cierta precisión. El tanteo supone un derecho de adquisición preferente que supone la notificación fehaciente, y el retracto se concede al arrendatario cuando no se le hubiese hecho la notificación o se omitieron los requisitos exigidos, resultare el precio inferior o se realizase a persona distinta de la consignada en la notificación. La regulación del artículo 33 es para el derecho de tanteo y sólo para los locales de negocio, pero no para las viviendas, vendidas en pública subasta, que permiten el retracto pero no el tanteo, porque la subasta impide conocer el precio ni la persona del comprador, dándose el retracto de manera directa, como dice el artículo 48 LAU para los casos en que no se hizo la notificación del artículo 47. La afirmación de que quien participa en la subasta pierde el derecho a retraer no se desprende de la ley ni de la jurisprudencia, ni se encuentra base argumental en los razonamientos de la Audiencia, pues no renuncia al retracto quien no está en situación de igualar posturas ni de subir el precio de la puja. No se puede insinuar que exista ejercicio anormal del derecho de retracto por dejar de competir en la licitación. Existen Sentencias de 2 de marzo de 1959, 23 de enero de 1971, 3 de noviembre de 1971, 2 de mayo de 1975, 30 de octubre de 1990 y 11 de julio de 1992, que reconocen el derecho de retracto en las ventas en pública subasta.

C. R. R.

4. DERECHO PROCESAL

Por ERNESTO CALMARZA CUENCAS

RECURSO DE REVISION.—SOLO SE ADMITE CONTRA SENTENCIAS FIRMES. POSIBILIDAD EN LAS DICTADAS EN JUICIOS EJECUTIVOS. (SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 1996.)

Ponente: Excmo. Sr. don Pedro González Poveda.

Es principio general, reiterado en numerosas sentencias, que no son susceptibles de revisión las sentencias recaídas en juicios ejecutivos ya que, a tenor de los artículos 1.796 y 1.797 LECiv se requiere para la revisión que la sentencia sea firme, y según el artículo 1.479 LECiv las recaídas en juicios ejecutivos no producen excepción de cosa juzgada, quedando a salvo el derecho de las partes para promover el ordinario sobre la misma cuestión.

Ahora bien, esta doctrina jurisprudencial ha de ser concordada con otra también reiterada, relativa a la interpretación del citado artículo 1.479 LECiv, según la cual, la no firmeza de las sentencias recaídas en juicios ejecutivos sólo afecta a aquellas cuestiones que puedan ser discutidas en un posterior juicio declarativo pero no a las que no pueden ser planteadas de nuevo, en cuyo sentido tales sentencias deben reputarse firmes y con eficacia de cosa juzgada, lo que, en este aspecto, las hace susceptibles de revisión.