

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) DERECHOS REALES

Por ELENA MÚGICA ALCORTA

PROPIEDAD HORIZONTAL: URBANIZACIÓN. CONTRIBUCIÓN A LOS GASTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1995.)

Hechos.—Los estatutos de la Comunidad de propietarios de una urbanización contenían cláusulas contradictorias: por un lado, distribuían los gastos en función de metro cuadrado poseído, y por otro, relevaban de pago a quien no hubiera edificado.

Doctrina de la Sentencia.—Considera contraria a la equidad la cláusula de exclusión y hace una interpretación sistemática de los estatutos, concluyendo que debe primar el reparto de los gastos entre todos los implicados.

ACCIÓN DE DESLINDE: DIFERENCIAS CON LA ACCIÓN REIVINDICATORIA. NO ES PRECISO DEMANDAR AL COLINDANTE POR LINDERO CIERTO. (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1995.)

La acción de deslinde supone ciertas afinidades con la acción reivindicatoria, pero son evidentes sus diferencias, ya que mientras en una prevalece la finalidad puramente individualizadora del predio, fijándose sus linderos y persiguiéndose la concreción de unos derechos dominicales ya existentes sobre una zona de terreno incierto, la otra representa la protección más amplia posible del derecho dominical sobre la cosa, pretendiendo la recuperación de su posesión en quien indebidamente la detente.

La exigencia del artículo 384 CC de que se citen los dueños de los predios colindantes sólo cabe en torno al lindero que, en su caso, sea objeto de la discusión, sin que tengan que traerse al proceso a todos aquellos dueños sobre los que no existan contienda al respecto.

PROPIEDAD HORIZONTAL: APROPIACIÓN DE UN PROPIETARIO DE ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1995.)

Hechos.—La Comunidad de propietarios ejercita acción contra el propietario de un local construido en lo que era parte del portal y elemento común para que lo reponga a su estado primitivo.

Doctrina de la Sentencia.—Se trata de una acción real dimanante del dominio o mejor derecho a la posesión, de manera que sólo aparecen como elementos subjetivos de la pretensión ejercitada la Comunidad titular de los elementos comunes del edificio y el ocupante de la superficie que debe ser reintegrada a aquélla como indiscutible elemento común del inmueble, no siendo necesario demandar además al anterior propietario del local originador de tal situación de hecho.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CUALQUIER CONDOMINO PUEDE EJERCITAR ACCIONES DE DEFENSA DE LA COMUNIDAD. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1995.)

Reitera la doctrina expresiva de que cualquier condómino está legitimado para ejercitar acciones en defensa del interés que le corresponde sobre los elementos comunes; no se da falta de legitimación cuando, aunque no se haya hecho constar en la demanda de una manera expresa que se actúa en nombre de la Comunidad y en interés de la misma, se plantea una pretensión que, de prosperar, ha de redundar en provecho de la Comunidad.

PRECARIO: CONCEPTO. JUICIO DE DESAHUCIO: ÁMBITO DE LA OPOSICIÓN. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1995.)

El precario se extiende a cuantos sin pagar merced utilizan la posesión de un inmueble sin título para ello o cuando sea ineficaz el invocado para enervar el cualificado que ostente el actor, entre los que se encuentran los que sirven de soporte a un mero derecho personal cuya finalidad sea la de poseer la cosa para disfrutarla o para usarla, legitimando por tanto al arrendatario frente al poseedor sin título.

En el juicio sumario de desahucio el ámbito discursivo se reduce al examen del título invocado por el actor, la identificación del objeto sobre el que recae y el estudio de la situación del demandado como poseedor material sin título, o cuando el invocado sea ineficaz y sin pagar merced. Cuando el tema de oposición planteado por el demandado es complejo, es forzoso acudir al procedimiento ordinario.

PROPIEDAD HORIZONTAL: DE HECHO. DESAFECTACION DE ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1995.)

Hechos.—Excavación del subsuelo por el propietario de un local.

Doctrina de la Sentencia.—La situación se encuadra dentro de las que tanto la doctrina científica como la jurisprudencial califican de **propiedades horizontales de hecho**, dada la inexistencia de título constitutivo, por lo que

resulta de aplicación el artículo 396 CC, en relación con los 7.3, 11 y 16, regla 1.^a, LPH. La desafectación de un elemento común, como es el subsuelo, para su conversión en elemento privativo, requiere el consentimiento de todos los miembros integrantes del régimen de propiedad horizontal.

ADQUISICIÓN DEL DOMINIO: TÍTULO Y MODO. TERCERÍA DE DOMINIO: REQUISITO DE TÍTULO 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 1 DE FEBRERO DE 1995.)

Los artículos 609 y 1.095 CC exigen el título y el modo para que se opere la transmisión.

El tercerista tiene que probar la existencia del dominio a su favor a la fecha del embargo que se quiere levantar, sin que sea suficiente que lo demuestre a favor de quien dice haberle transmitido ni bastando el documento privado que por sí solo no acredita la efectiva transmisión patrimonial.

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 real.

La presunción de exactitud del artículo 38 LH es *iuris tantum* y admite prueba en contrario.

ACCIÓN DECLARATIVA DE DOMINIO: CUANDO ES UNA ACCIÓN CONTRADICTORIA DEL DOMINIO DE BIENES INMUEBLES INSCRITOS Y CUANDO UNA MERA CONTINUACIÓN DEL TRACTO REGISTRAL. (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1995.)

La acción declarativa de dominio, cuando ha de inscribirse el dominio de una finca en favor del demandante, es contradictoria del derecho inscrito y ha de aplicarse el artículo 38, párrafo 2.º, LH. Pero cuando se limita a la inscripción del derecho de edificación, el supuesto sería una mera continuación del tracto registral, que haría innecesario el cumplimiento del párrafo 2.º del artículo 38 LH.

Comentario.—Los autores han perfilado el concepto de **acción contradictoria**, ya buscando una formulación general, ya tratando de establecer una clasificación. IRURZUN distinguió entre lo *contradictorio* y lo que es *contrario* a lo publicado en el Registro; lo decisivo en lo primero es que haya de cancelarse una inscripción debido a un vicio intrínseco del título inscrito o a una causa que originariamente lo afecte. ROCA consideró presupuesto de aplicación del artículo 38, párrafo 2.º, LH toda acción que contradiga la existencia del derecho registrado debido a la falta de consistencia propia del título inscrito, siempre que su éxito debiera entrañar regularmente la **cancelación** de la inscripción correspondiente, pero no una posible **nueva inscripción** más o menos apoyada en el derecho anteriormente registrado. Para LACRUZ y SANCHO es contradictoria toda acción ejercitada contra el titular inscrito sobre la base de una situación real que no deriva de la que declara la inscripción, ni es com-

patible con ella; ha de tratarse, pues, de procesos cuyo reflejo registral sea la cancelación de la inscripción del derecho en litigio, no de aquellos en que se opera sobre la base de la inscripción vigente, sin que se produzca otra nueva. GARCÍA GARCÍA niega el carácter de contradictorias a las **acciones que pretenden obtener una nueva inscripción cumpliendo el tracto sucesivo** y señala como ejemplos los siguientes: acción de condena al incumplimiento de un contrato; acción de retracto, accesión; acción que, basándose en la última inscripción, pretende obtener una nueva.

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo considera contradictorias las acciones de cuyo éxito haya de derivar un derecho inconciliable con el contenido de la inscripción supuestamente contradicha o cuando la acción persigue la nulidad de un título que haya causado inscripción registral (Sentencias de 25 de abril de 1949, 22 de septiembre de 1965, 3 de octubre de 1979). Tratándose de acciones que traen causa de una adquisición por accesión, la Sentencia de 12 de mayo de 1930, para el supuesto de edificación en suelo ajeno, afirma que no se trata de contrariar derecho real inscrito a nombre del demandado, sino partiendo del dominio que le pertenece en la obra realizada en terreno del actor, adquirir aquél como la Ley dispone. Y ahora la Sentencia de 6 de febrero de 1995 dice que el supuesto de edificación en suelo propio sería una mera continuación del tracto registral.

Sin embargo, en la actualidad ha perdido importancia la delimitación del ámbito de aplicación del artículo 38, párrafo 2.º, LH, por cuanto se ha consolidado la que el Tribunal Supremo denomina **tesis flexibilizadora del tráfico jurídico** y que veremos *infra* al comentar la Sentencia de 27 de febrero de 1995.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: ESTA SOMETIDO A LA DISCIPLINA DE LA CONSTANCIA EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD. REQUERIMIENTO DEL TERCER POSEEDOR: INNECESARIO SI NO ACREDITO LA PROPIEDAD DEL INMUEBLE. TERCERO HIPOTECARIO: LO ES EL CESIONARIO DEL REMATE EN PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO. (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1995.)

Hechos.—Los directivos de un club de fútbol adquirieron en escritura pública unos locales, subrogándose en los préstamos hipotecarios existentes sobre los mismos a favor de una Caja de ahorros (y obligándose en documento aparte a otorgar escritura de venta a favor del club, una vez que fuesen aquellos reintegrados de sus créditos). Con posterioridad, la Caja de ahorros concedió un préstamo hipotecario a aquellos directivos, que no pudo sin embargo registrarse por faltar la inscripción del título anterior.

Finalmente, la Caja de ahorros instó procedimiento judicial sumario contra el titular registral, sin notificación a los directivos, procedimiento que culminó con la cesión del remate a favor de los cesionarios, quienes inscriben su dominio.

Doctrina de la Sentencia.—El proceso de ejecución hipotecaria ha de dirigirse a través de la disciplina estricta y exclusiva de la constancia en el Registro de la Propiedad.

El artículo 131, regla 3.ª, número 3.º, LH prescribe que acreditarán los actores haberse requerido de pago —entre otros— al poseedor de las fincas, en el caso de que éste hubiera acreditado al acreedor la adquisición del inmueble, mas en

el supuesto de autos no se ha acreditado la propiedad de la finca, al no estar inscrito en el Registro de la Propiedad dicho dominio, sin que pueda admitirse la alegación de que la Caja tenía conocimiento de la propiedad del tercer poseedor porque concedió un préstamo hipotecario que no se pudo inscribir.

Los cesionarios en subasta judicial son terceros hipotecarios de buena fe, amparados en el artículo 34 LH, por lo que quedarían indemnes de cualquier ataque o condena dirigido contra su causante o proceso judicial adquisitivo.

Comentario.—Distinta fue la solución en las SSTC de 14 de julio de 1988 y TS de 18 de mayo de 1993, las cuales consideran terceros poseedores que debieron haber sido requeridos de pago al adquirente en documento privado que venía abonando mensualmente las cuotas del préstamo y a la propietaria de la vivienda que dos años antes de la iniciación de la ejecución demandó en otro juicio al Banco.

A diferencia del cesionario el remate, el adjudicatario no es considerado tercero hipotecario, porque es parte en el procedimiento, aunque desconozca los efectos del mismo (STS de 7 de diciembre de 1987).

PROPIEDAD HORIZONTAL: COMPUTO DE MAYORÍAS PARA ADOPCIÓN DE ACUERDOS. (SENTENCIA DE 10 DE FEBRERO DE 1995.)

Para la obtención de las mayorías exigidas legalmente como *quorum* necesario en orden a la validez de los acuerdos de la Junta de Propietarios, cada propietario dispone de un solo voto, no de tantos como apartamentos, pisos o locales tenga en el mismo inmueble.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1995.)

Hechos.—El propietario de un café, para ampliar sus instalaciones, abre huecos en el muro medianero que separa el edificio del contiguo.

Doctrina de la Sentencia.—La autorización de la obras no corresponde por sí solo al Presidente de la Comunidad, ya que al tratarse de obras que entrañaban alteración de los elementos comunes del edificio, de tan grave trascendencia, además, como la de comunicar interiormente dicho edificio con otro perteneciente a dicha comunidad, requería el consentimiento unánime de todos los propietarios, adoptado en la Junta convocada al efecto (arts. 11 y 16, regla 1.ª, LPH).

LEGITIMACIÓN REGISTRAL: LA PRESUNCIÓN DE EXACTITUD REGISTRAL PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA EN CONTRARIO. (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1995.)

PRUEBA: CABE ACUDIR A DATOS DE HECHO DE LAS INSCRIPCIONES. PARCELACIÓN Y URBANIZACIÓN DE FINCAS RUSTICAS: CESIÓN DE VIALES. (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1995.)

No existe ninguna norma que prohíba acudir a efectos probatorios a los **datos de hecho obrantes en inscripciones registrales**. El artículo 34 LH en

modo alguno limita la tarea de valorar las pruebas aportadas a un proceso, en el sentido de que sólo deban tomarse en consideración los datos jurídicos y no los físicos de las inscripciones. La función del susodicho precepto nada tiene que ver con las pruebas judiciales, sino con la protección a la apariencia jurídica.

Cita la Sentencia de 13 de marzo de 1989: la **parcelación de finca rústica** requiere la cesión implícita al conjunto de los propietarios de las parcelas de los servicios e instalaciones comunes y sobre todo de los viales en régimen de copropiedad proporcional, ya que de otra suerte se vería frustrada la finalidad para la que se efectuó la parcelación y su urbanización y habría que hacer uso de la prevención contenida en el artículo 564 CC en la mayor parte de las parcelas, lo que dificultaría la posible venta a terceros. En tal caso, la reivindicación de las calles sólo puede hacerse por los titulares exclusivos de las mismas o por la Comunidad de propietarios de las fincas resultantes de la parcelación o sus sucesores.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1995.)

Hechos.—Hueco abierto en pared comunitaria.

Doctrina de la Sentencia.—Siendo la obra en pared comunitaria de ineludible consenso unánime en dicha Comunidad, debió demandarse a la Comunidad de propietarios y al no hacerlo se produce en ella indefensión.

ADQUISICIÓN DE DOMINIO: TÍTULO Y MODO. TERCERÍA DE DOMINIO: REQUISITO DE TÍTULO ANTERIOR AL EMBARGO. (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1995.)

En el Código Civil español, inspirado en el sistema romano, la propiedad no se transmite por la mera perfección del contrato si no es seguridad de la tradición (art. 609 y 1.095 CC).

Para que la tercería de dominio prospere no sólo ha de esgrimirse un título dominical válido, sino que su adquisición sea cronológicamente anterior a la fecha del embargo.

EMBARGO: DE VIVIENDA FAMILIAR. TERCERÍA DE DOMINIO: FINALIDAD. (SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1995.)

Hechos.—Embargo sobre vivienda familiar, perteneciente en condominio ordinario y por mitades indivisas a los esposos, que la adquirieron en estado de solteros.

Doctrina de la Sentencia.—La vivienda habitual (o una parte indivisa de la misma) es legalmente embargable por deudas de uno de los cónyuges, siempre que la demanda correspondiente o el embargo se notifiquen al otro cónyuge (art. 144.5 RH).

La finalidad institucional y única del proceso de tercería de dominio es la de liberar de un embargo bienes que han sido indebidamente trabados, por pertenecer los mismos, no al ejecutado, sino a un tercero extraño a la deuda

reclamada en el correspondiente juicio ejecutivo, con titularidad dominical adquirida con anterioridad a la traba del embargo.

ACCIONES PROTECTORAS DEL DOMINIO: REQUISITO DEL DOMINIO DEL ACTOR.—ADQUISICION DEL DOMINIO: TITULO Y MODO. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1995.)

Es requisito ineludible para el éxito de la acción declarativa del dominio que el actor pruebe el título de dominio en que se apoya su pretensión. El término técnico *título de dominio* no equivale a documentos preconstituidos, sino a la justificación documental. Cuando se trata de una adquisición derivativa del dominio nuestro Derecho positivo sigue el sistema fundado en la teoría del título y modo (art. 609 CC), de tal forma que, faltando uno de estos requisitos, faltará la prueba del dominio. En el supuesto litigioso, falta el modo, es decir, la entrega o *traditio* de la cosa, ya que ni se ha producido la entrega real de la posesión ni la *traditio ficta* de alguna de las formas establecidas en los artículos 1.462 a 1.464 CC. El *ius ad rem* no pasa de ser un derecho personal a la entrega de la cosa, que todavía no se ha producido. El título obligatorio únicamente sin *traditio* o entrega, no puede ser protegido por la tercería de dominio, ya que ésta sigue teniendo como titular al vendedor que no ha realizado aquella entrega, doctrina de total aplicación a las demás acciones protectoras del dominio, como son la reivindicatoria y la declarativa.

TERCER POSEEDOR EN EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE APREMIO. (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1995.)

Hechos.—Expediente administrativo de apremio promovido por impago de la contribución territorial rústica y seguido única y exclusivamente contra el deudor tributario, cuando ya había dejado de ser titular registral.

Doctrina de la Sentencia.—Para que la correspondiente responsabilidad, por derivación de la acción tributaria, pudiera afectar al tercer poseedor, adquirente del bien afecto por Ley a la deuda tributaria, era requisito legalmente inexcusable la existencia de acto administrativo de derivación notificada reglamentariamente a dicho adquirente.

TERCERO HIPOTECARIO: CONCEPTO Y REQUISITOS. (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1995.)

No es tercero hipotecario una entidad mercantil que adquiere de otra sociedad, cuando entre ambas existe identidad económica, vestida con el ropaje de dos personas jurídicas. Tampoco lo es el adquirente (Fondo de Garantía) que no ha inscrito ningún bien a su nombre en el Registro, aunque fuese titular de las acciones de otra entidad (Banco en situación de crisis financiera): no se puede confundir la titularidad del capital social con la titularidad registral de los bienes.

Comentario.—En el mismo sentido, JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, en el Tomo II de su *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, niega la condición de terceros a los que aún manteniendo una diferenciación de carácter formal con

la parte, manifiestan una titularidad real con ella; esto se produce fundamentalmente —añade el autor— en aquellos supuestos de constitución de sociedades con la finalidad de crear un sustrato jurídico formal y una apariencia de diferenciación.

TERCERÍA DE DOMINIO: REQUISITOS.—ADQUISICIÓN DEL DOMINIO: EN COMPRAVENTA CON PACTO DE RESERVA DE DOMINIO.—ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EL TITULAR NO TIENE LA CONDICIÓN DE TERCERO HIPOTECARIO. (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1995.)

La **tercería de dominio** sólo exige la debida justificación documental con independencia de que la adquisición se haya realizado por documento privado o público y haya causado o no inscripción registral.

Se reitera la doctrina jurisprudencial de plena validez de las cláusulas de **venta con reserva de dominio**, que no afectan a la perfección del contrato, que tiene lugar plena y vinculante, si bien su conclusión definitiva se produce cuando el precio resulta totalmente desembolsado, pero sin que ello suponga ataque a la transmisión operada, que priva sólo de la libre disposición del bien comprado bajo condición suspensiva, pero no dificulta a ejercitar los derechos y obligaciones derivadas del negocio de compraventa en razón de su precisa conservación. Así pues, el comprador tiene consideración de tercerista y la legitimación necesaria para postular el levantamiento del embargo.

La titularidad del embargo no atribuye la condición de tercero a los efectos del artículo 34 LH.

COMUNIDAD DE BIENES: «ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO» SOBRE BIENES DONADOS COLACIONABLES Y ESTANDO LA HERENCIA INDIVISA. (SENTENCIA DE 23 DE FEBRERO DE 1995.)

Al no seguirse el procedimiento de testamentaría no puede mantenerse en la indivisión de forma obligatoria, pudiendo el comunero ejercitar la *actio communi dividundo* respecto de un bien, sin perjuicio de que cualquiera de los otros ejercite en el momento oportuno el procedimiento de división hereditaria, momento en el que entrará en juego la colación.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. PREFERENCIA SOBRE LOS ACTOS DISPOSITIVOS POSTERIORES.—EMBARGO SOBRE DERECHO HEREDITARIO. (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1995.)

Refunde la abundante jurisprudencia sobre la naturaleza del *embargo* y de la *anotación preventiva de embargo*.

Primero. La anotación preventiva de embargo no es obligada o necesaria, pese a los términos literales de los artículos 1.453 LEC y 43.2 LH, lo que permitiría pasar a realización forzosa de la finca o derecho aún sin aquel asiento.

Segundo. La anotación preventiva de embargo sólo otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos

con posterioridad a la fecha de la propia anotación, y no en cuanto a los actos de disposición, ni tampoco sobre los créditos anteriores con carácter preferente al del embargo anotado, anotación que no altera la situación jurídica existente.

Tercero. El embargo de un bien, como medida cautelar que asegura que la sentencia que en su día recaiga se ejecutará sobre los bienes embargados con la misma eficacia que si hubiere recaído sentencia el mismo día del embargo, no altera en absoluto la naturaleza del crédito para cuya efectividad se practicó y no produce preferencia alguna sobre derechos nacidos con anterioridad sobre las cosas embargadas; produce absoluta prioridad de la obligación asegurada sobre todos los derechos reales que se constituyan sobre la cosa embargada con posterioridad al embargo.

Distingue la siguiente **casuística**:

a) *Regla inter-partes* (En la pugna tercerista *ver sus* embargante): Prevalecerá quien ostente la preferencia cronológica. Adquisición anterior vence a embargo posterior y a la inversa. Y ello con independencia de que ambos derechos estén inscritos o anotados, como consecuencia de que en nuestro Derecho positivo ni la inscripción es constitutiva ni la anotación preventiva de embargo preceptiva.

b) *Regla de terceros o afectante «erga omnes»*: La prioridad provendrá de la fecha de constatación en el Registro de ambos derechos, el primero que acceda se sobrepone al segundo.

El embargo sobre la parte que al ejecutado pudiera corresponder en la herencia de sus padres es un embargo genérico sobre derechos futuros, derechos hereditarios expectantes aún no adjudicados ni por ello concretados, por lo que cuando realmente se produce el embargo es en posterior providencia, previa partición/adjudicación por la que se incorporan bienes o derechos concretos y determinados al patrimonio del deudor (arts. 1.442, 1.447 y 1.453 LEC y 72 y 75 LH).

Comentario.—Señalemos distintos supuestos en que la anotación preventiva de embargo recae sobre lo que pudiéramos denominar **derechos abstractos**, derechos que al ejecutado corresponden sobre un patrimonio antes de su liquidación y que no pueden concretarse en bienes determinados o partes indivisas de los mismos.

a) La anotación preventiva de embargo sobre derecho hereditario, bien sea explícita (art. 46, párrafo 3.º, LH) o implícita (art. 166, 1.º, párrafo 2.º, RH). Recogió sus efectos DE LOS MOZOS Y TOUYA, en un trabajo publicado en esta misma REVISTA (noviembre-diciembre 1982, núm. 553, pág. 1495).

b) La anotación preventiva de embargo sobre bienes de la sociedad de gananciales, disuelta y no liquidada (art. 144.4 RH). Cabe anotar el embargo por deudas contraídas, después de la disolución, por uno solo de los cónyuges, sobre la parte que al demandado corresponde en la sociedad de gananciales en liquidación (Resoluciones DGRN 22 de mayo, 3 de junio y 16 de octubre de 1986 y SSTs de 21 de noviembre de 1987, 8 de octubre de 1990 y 17 de febrero de 1992).

c) La anotación preventiva de embargo sobre la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en el supuesto recogido por los artículos 1.373 CC y 144.1, párrafo 2.º, RH. RIVAS TORRALBA, en su libro *Anotaciones de*

embargo II, afirma que lo que queda embargado, en definitiva, es la cuota abstracta que corresponde al cónyuge demandado en la masa ganancial en liquidación y señala los siguientes efectos del *embargo de cuota*: no cabe el remate del derecho abstracto sobre el patrimonio ganancial; inscrita la adjudicación al cónyuge deudor de los bienes o derechos, procede la conversión en anotación sobre bienes concretos, surtiendo efectos desde la fecha de la anotación convertida (art. 70 LH); e inscrita la adjudicación al cónyuge no deudor de los bienes o derechos, procede la cancelación automática de la anotación (arts. 206.10 y 209.1.º RH).

PROPIEDAD HORIZONTAL: ALTERACIÓN EN ELEMENTOS COMUNES.—
TERCERO HIPOTECARIO: NO LO ES EL QUE ADQUIERE CON VICIOS EN SU TITULACION.—BUENAFE: NO CABE FRENTE A LOS PRONUNCIAMIENTOS DEL REGISTRO.—LA ACCIÓN REIVINDICATORIA CONLLEVA LA PETICIÓN DE CANCELACIÓN O NULIDAD DEL ASIENTO REGISTRAL.
 (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1995.)

Hechos.—El promotor de un edificio convierte espacios destinados a portales, e inscritos en el Registro de la Propiedad como elementos comunes, en locales comerciales y los enajena como elementos privativos.

Doctrina de la Sentencia.—Las ventas están afectadas de nulidad radical, por referirse a elementos comunes que no podía enajenar el promotor, pues en todo caso la modificación del título constitutivo necesitaría de la ratificación de todos los copropietarios (arts. 5, 11 y 16 LPH).

El artículo 34 LH sólo protege, salvo ausencia de buena fe, frente al acto dispositivo anterior, pero no el propio, y la inscripción registral no opera como saneadora por sí misma de los vicios conocidos de nulidad de que adolezca el acto adquisitivo y por tanto tampoco los consolida (art. 33 LH).

La buena fe reviste carácter jurídico deducido libremente por el tribunal de la instancia, valorando los hechos, pero esta apreciación no puede prevalecer si se presente ilógica o equivocada, en cuyo caso es accesible a la crítica casacional. Cuando la transmisión se lleva a cabo al margen de lo que constaba en el Registro de la Propiedad y de la presunción de exactitud y veracidad registral, el adquirente tiene acceso posibilitado a la oficina registral y se da ausencia de una diligencia mínima, normal y previsor. No cabe prescindir del **deber ético de averiguación registral** y si se conoce el estado registral y no obstante se deja de lado, ello se traduce en situación de mala fe.

Ejercitada acción reivindicatoria, que implica a su vez acción contradictoria del dominio de los titulares registrales, no es preciso instar la cancelación o nulidad de los asientos, que es implícita a dicha petición por ser consecuencia indispensable de la dicha acción.

Comentario.—En la interpretación del artículo 38, párrafo 2, LH, el Tribunal Supremo ha seguido una evolución, no lineal, que partiendo de la exigencia del ejercicio previo o coetáneo con la acción contradictoria de la acción dirigida a obtener la cancelación o nulidad del asiento registral, admitió posteriormente que cuando la nulidad o cancelación fuese una consecuencia necesaria del juicio y no hubiere terceros interesados, pudiera pedirse la rectificación del Registro en trámite de ejecución de sentencia. Más decididamente y a partir de la Sentencia de 29 de marzo de 1984, confirmada por otras muchas posteriores (6 de julio y 24 de noviembre de 1987, 23 y 26 de enero

y 3 de junio de 1989, 30 de septiembre de 1991, 6 de marzo y 30 de septiembre de 1992, 18 de mayo de 1994), el Tribunal Supremo adoptó la tesis «más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal y específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita esta última petición y no puede ser causa de que se deniegue la petición respecto a la titularidad dominical». Esta última doctrina, al decir de GARCÍA GARCÍA, deja en letra muerta el artículo 38.2 LH, lo que por *reductio ad absurdum* es inadmisible, pues la norma está vigente y no puede ser derogada por una sentencia, mas aquí no estamos ante una interpretación, sino ante la exclusión de la norma por aplicación de la sentencia. También GIL ROBLES advirtió la utilización del criterio de la realidad social, no ya para la interpretación de la norma, como es su labor y función, sino para consagrar su inoperancia. HERNANDO COLLANZOS estudia detenidamente el tema en su libro *El principio de legitimación registral y su tratamiento jurisprudencial*, para concluir que la interpretación denominada flexible conduce a una desaparición, en la práctica, del precepto; interpretación que no debe sorprender habida cuenta, por un lado, de la naturaleza (adjetiva y formal) del requisito finalmente desatendido y, por otro, de las exigencias constitucionales del derecho a la tutela efectiva y la inteligencia que el Tribunal Constitucional ha generalizado, en aplicación del artículo 24.1 de la Constitución.

PROPIEDAD: LIMITACIONES DERIVADAS DE NORMAS URBANÍSTICAS.
(SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1995.)

Entre las salvedades reglamentarias que establece el artículo 350 CC, está obviamente incluido el planeamiento urbanístico y el proyecto de reparcelación aprobado.

DERECHO REAL: NATURALEZA JURÍDICA. DISTINCIÓN DEL DERECHO DE CREDITO.—TANTEO Y RETRACTO CONVENCIONAL: DE CARÁCTER OBLIGACIONAL. (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1995.)

Hechos.—En escritura de donación se convinieron unos derechos de tanteo y retracto recíprocos entre los donatarios, para el caso de enajenación de la cuota o finca adjudicada.

Doctrina de la Sentencia.—La categoría de **derecho real** no se produce por el simple acceso al Registro de la Propiedad, sino que deviene por su íntima naturaleza jurídica y una serie de características, como la inmediatez física o jurídica, publicidad, seguridad jurídica, etc., que le invisten de una eficacia *erga omnes*.

El supuesto de autos constituye una simple convención con efectos obligacionales a la que le falta, por lo menos, para su operatividad como derecho real, la concreción de un término de efectividad de cada uno de derechos de tanteo y retracto convenidos, como exigió la RDGRN de 27 de marzo de 1947. Al adquirente en la subasta judicial no puede afectarle un derecho que sólo opera en el ámbito obligacional, máxime ante un acto de enajenación forzosa

como es la vía de apremio. Técnicamente el pacto analizado no constituye una prohibición de disponer o enajenar a que se refieren los artículos 26.3.º LH y 785.2.º CC, sino la constitución de dispositivo voluntario de los donatarios para, mediante el tanteo o retracto, evitar que salgan los bienes del patrimonio familiar.

HIPOTECA DE MAXIMO.—PRINCIPIOS DE ESPECIALIDAD, LEGALIDAD Y LEGITIMACIÓN REGISTRAL. (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1995.)

El artículo 153 LH respeta los requisitos de la especialización. Frente a la alegación del recurrente de haberse ejecutado una hipoteca nula, el Tribunal Supremo declara que la hipoteca de máximo inscrita en el Registro, con inscripción vigente, a él accedió tras pasar el tamiz del principio de legalidad, en virtud de la cual el Registrador califica, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicita la inscripción (art. 18 LH) y efectuado el asiento queda bajo la salvaguarda de los Tribunales (art. 1 LH) y goza de la protección que les confiere a los titulares el artículo 38 LH.

Comentario.—Lo que con otras palabras ya dijo el Tribunal Constitucional en la conocida Sentencia del Pleno de 18 de diciembre de 1981: «Hay que señalar que el constituyente de la hipoteca —entonces se trataba de hipoteca ordinaria, no de máximo— ha consentido la posición en que el título ejecutivo le sitúa... y la defensa frente a las pretensiones del acreedor no solamente están garantizadas por el ejecutivo ordinario, sino que lo están también, durante la vida de la hipoteca, por lo que se puede llamar procedimiento registral... con las garantías registrales que la ley concede al deudor para incidir en el nacimiento, subsistencia y extinción del título».

PROPIEDAD HORIZONTAL: VENTA DE LOCALES EN EDIFICIO EN CONSTRUCCIÓN. (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1995.)

En la interpretación de los contratos ha de atenderse a la voluntad bilateral o común de ambas partes, revelada por los actos coetáneos u posteriores e incluso anteriores, todo lo cual obliga a partir de la existencia de la propiedad horizontal, creada con anterioridad, y a la realidad social que enseña como, al venderse los pisos o locales de un edificio meramente comenzado, el adquirente no queda vinculado al pago de los elementos comunes pendientes de construir, constituyéndose en copromotor o constructor, lo que requeriría un pacto o cláusula especial.

EMBARGO SOBRE BIENES GANANCIALES. (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1995.)

Probada la posterioridad de la variación del régimen de gananciales por el de separación de bienes al nacimiento de las deudas que causaron los embargos y la buena fe de la Administración del Estado a cuya instancia se produjeron aquéllos, la modificación pactada sólo puede perjudicar desde la fecha de la inscripción correspondiente en los Registros, conforme a los

artículos 1.317 y 1.333 CC y en defensa de los derechos de terceros de buena fe.

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: OBRAS REALIZADAS POR EL DUEÑO DEL PREDIO SIRVIENTE. (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1995.)

El dueño del predio sirviente no puede alterar ni hacer más gravosa la apariencia de servidumbre (arts. 535, 541 y 543 CC), pero sí puede y debe conservar en el lugar y con las dimensiones iniciales las aberturas pre-existentes.

EMBARGO SOBRE BIENES GANANCIALES. (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1995.)

Las deudas tributarias para cuya exacción se instruyó el procedimiento administrativo de apremio fueron causadas en el ejercicio de una actividad comercial de carácter ganancial y son anteriores a la disolución del régimen de gananciales y su sustitución por el de separación de bienes, por lo que de tales deudas responden los bienes que integraban aquella sociedad, de acuerdo con los artículos 1.362.4.º CC y 6 y 7 CCom.

LEGITIMACIÓN REGISTRAL: LA PRESUNCIÓN DE EXACTITUD REGISTRAL PUEDE DESVIRTUARSE MEDIANTE PRUEBA EN CONTRARIO. (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1995.)

ACCIÓN NEGATORIA DE SERVIDUMBRE DE PASO: EL ACTOR DEBE PROBAR LA PROPIEDAD DEL CAMINO PERO NO LA LIBERTAD DE CARGAS.—LEGITIMACION REGISTRAL: PRESUNCIÓN «IURIS TANTUM» DE EXACTITUD DE LOS LINDEROS. (SENTENCIA DE 27 DE MARZO DE 1995.)

La propiedad se presume libre y quien afirma la existencia de alguna carga o gravamen sobre ella (demandado en la acción negatoria de servidumbre) es el que debe probarla.

Para el éxito de toda acción negatoria de servidumbre en general, y de paso en particular, es requisito ineludible que el actor pruebe que es propietario del camino por el que se halle establecido el paso, cuya presunta servidumbre pretende negar.

Figurando en la inscripción registral como lindero de diversas parcelas determinado camino que desde tiempos remotos se viene utilizando como camino público, de índole carretil, ha de presumirse, aunque con naturaleza de presunción *iuris tantum*, que es propiedad del Ayuntamiento.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO: REQUERIMIENTO DE PAGO. (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1995.)

Los requisitos que la regla 4.^a en relación con la 3.^a 3 del artículo 131 LH exige para que el requerimiento surta los efectos pretendidos son:

- debe practicarse en el domicilio que resulte vigente en el Registro;
- ha de hacerse personalmente al deudor o al tercero si se encontraren presentes, o bien al pariente más próximo, familiar o dependientes mayores de catorce años que se hallaren en la habitación del requerido, o en su defecto al portero o al vecino más próximo;
- la documentación en los autos se efectuará en la forma dispuesta en la Ley Procesal Civil para las notificaciones por cédula.

TERCERO HIPOTECARIO: REQUISITO DE BUENA FE. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1995.)

Hechos.—El arquitecto codirector de obra de un edificio instó procedimiento de apremio por impago de honorarios, que culminó en escritura de adjudicación judicial e inscripción de piso y local, los cuales habían sido anteriormente vendidos por la entidad deudora, pero no inscritos a favor de los compradores.

Doctrina de la Sentencia.—La participación profesional como codirector y la suscripción del certificado final de obra, con anterioridad a las transmisiones efectuadas, no puede implicar que el arquitecto debía conocer todas las posteriores circunstancias acaecidas en cuanto a la posesión o titularidad dominical de los inmuebles ni apartarle del requisito de la buena fe y de su prístina condición de tercero hipotecario.

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS NO MODIFICATIVAS EN ELEMENTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1995.)

Hechos.—Acuerdo mayoritario de Junta para el cierre con obras de manipostería y puertas metálicas correderas del perímetro total de la finca.

Doctrina de la Sentencia.—Dichas obras en elementos comunes se califican de **extraordinarias**, en cuanto no dirigidas a la conservación y reparación que los elementos comunes pueden experimentar como consecuencia de su normal uso y disfrute, y de **necesarias no modificativas**, dada su finalidad de impedir el acceso al complejo de vehículos y garantizar la mejor y más segura convivencia en la Comunidad. Por tanto, su aprobación no requiere unanimidad y es suficiente la mayoría. La conducta de los disidentes que solicitaron la nulidad del acuerdo se encuentra un tanto alejado de la buena fe, adentrándose en el marco del «ejercicio antisocial del derecho», ya que las obras tenían como directa beneficiaria a toda la Comunidad, para su mayor seguridad.

E. M. A.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por M.^a ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

DEBE DISTINGUIRSE ENTRE LOS INTERESES MORATORIOS, PROPIAMENTE DICHOS QUE CONTEMPLA EL ARTICULO 1.108 DEL CÓDIGO CIVIL Y LOS RECOGIDOS EN EL ARTICULO 921 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1995.)

En la presente sentencia se solicitan los intereses que afectan a una cantidad de dinero asignada en un documento transaccional otorgada a la parte demandante en pago del tercio de la herencia que le correspondía. En razón a que en el suplico de la demanda se solicitó se diese exacto cumplimiento al mentado documento, cabe entender que la suma en cuestión no adquirió verdadera liquidez hasta que recayese una sentencia que acogiera el pronunciamiento dicho, y esto así, lleva a acordar que el devengo de los intereses ha de computarse a partir de la fecha de la presente sentencia.

EL TIEMPO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN REFERIDA EN EL ARTICULO 1.968.2 DEL CÓDIGO CIVIL, DEBE SER COMPUTADO A PARTIR DEL MOMENTO EN QUE ADQUIERE FIRMEZA LA SENTENCIA RECAÍDA EN EL INTERDICTO QUE LE PUSO FIN. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1995.)

Los daños y perjuicios que se reclaman son los derivados de la paralización de la obra que se consiguió con la interposición de la demanda interdictal de obra nueva de los hoy demandados-recurridos. Reclamación que estaba supe-ditada, tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal a la fecha de la terminación del proceso interdictal con resultado desestimatorio, o a la fecha de terminación del posterior proceso declarativo promovido por el dueño de la obra para el caso de haber sido ratificada la suspensión en la sentencia interdictal.

La fecha a tener en cuenta para el comienzo del plazo de prescripción del artículo 1.968.2.º CC, en base al artículo 1971 es desde que la sentencia es firme. A estos efectos como la paralización se debe a la interposición de la demanda interdictal de obra nueva, el computo comienza a contar desde que la sentencia que resuelve el interdicto es firme.

Es irrelevante la reserva hecha por el dueño de la obra, y , el hecho de que las hubiera paralizado voluntariamente con anterioridad a la demanda interdictal; pues «semejante proceder no servía para haberle exonerado de la observancia del plazo prescriptivo a contar desde la firmeza de la sentencia denegatoria del interdicto».

CONSTITUYE CARACTERÍSTICA ESENCIAL DEL ARRENDAMIENTO DE OBRA O CONTRATO DE OBRA, DEFINIDO EN EL ARTICULO 1.544 DEL CC, QUE EL CONTRATISTA SE COMPROMETA A LA OBTENCIÓN DE UN RESULTADO («OPUS CONSUMATUM ET PERFECTUM»), PERO ELLO NO SIGNIFICA QUE EL ASPECTO DEFINITORIO DEL CONTRATO VENGA DADO POR LA DISTRIBUCIÓN CONTRACTUAL DE LOS RIESGOS, QUE SOLO CONSTITUYE UNA PREVISIÓN LEGAL (ART. 1.589 CC) PARA «EL CASO DE DESTRUIRSE LA OBRA ANTES DE HABER SIDO ENTREGADA». (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1995.)

El coste de la obra realizada a consecuencia del arrastre, a causa de la lluvia, de tierras al interior de las zanjas abiertas por la demandante debe ser soportado por ésta o por los comitentes, cuestión que ha de resolverse atendiendo a las peculiaridades del contrato pactado, que pueden incidir sobre la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.589 del CC, por lo que ha de recordarse la doctrina jurisprudencial expresiva de que la interpretación de los contratos es facultad de la Sala de Instancia no siendo revisable en casación salvo que las conclusiones obtenidas sean ilógicas o se contradiga algún precepto legal, así como que de lo que realmente se trata es de indagar la intención común de los contratantes, según se infiere del propio artículo 1.281, y, siendo así, se tiene que la Audiencia ha realizado su labor hermenéutica con sujeción a los preceptos aplicables y dentro de un proceso lógico que no revela incoherencia alguna.

Ha de tenerse presente el medio hermeneútico denominado de la totalidad, expresamente reconocido en el artículo 1.285 del CC, de cuya utilización resulta que la demandada se reservó en el contrato algunas facultades atípicas respecto a la ejecución de la obra, derivadas de su propia finalidad, que implicaban un control del momento de realizarlas, lo que constituye un dato decisivo, pues aún desde la estricta aplicación de la doctrina sobre el soporte del riesgo (art. 1.589), la «morosidad» en recibir la obra viene a identificarse, en este caso, no ya con la recepción definitiva de la obra sino con el hecho de que, al ser la comitente quien iba disponiendo el momento de apertura de cada zanja y la colocación de las tuberías, si se producían deterioros debidos a la lluvia no obstante a haberse hecho la obra correctamente, no cabe responsabilizar a la contratista, ya que la tesis contraria desconocería supuestos, como el presente, en que la buena fe contractual requiere que, al retener el comitente facultades sobre la ejecución de la obra, surja para éste el deber de actuar de modo que se eviten daños a la ya realizada.

EXISTE IDENTIDAD ABSOLUTA ENTRE LO YA RESUELTO Y LO AHORA PRETENDIDO, SIN QUE SEA CUESTIONABLE EL REQUISITO DE COINCIDENCIA EN LA «CAUSA PETENDI» Y EL «PETITUM», QUE SE APRECIA EVIDENTEMENTE, PUES EN UN PROCEDIMIENTO ANTERIOR SE SOLICITABA LA DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD DE BIENES, QUE FUE DENEGADA, Y EN LA DEMANDA DEL ACTUAL PROCESO SE SOLICITA DE NUEVO, COMO PRONUNCIAMIENTO BÁSICO, LA DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD (PRESUPUESTO DE LA PROCEDENCIA DE VENTA EN PÚBLICA SUBASTA). (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1995.)

La Sala de instancia ha entendido que concurre la identidad causal requerida legalmente dado que «ambas peticiones de división material o subasta

carecen de substantividad propias y son meras modalidades en que puede desembocar la pretensión básica, fundamental y común de poner fin y disolver la comunidad de bienes existente entre actor y demandada, constituyendo tal disolución antecedente obligado y necesario para que la división o venta en pública subasta puedan tener lugar, en función a la divisibilidad o no de la cosa». En realidad lo denegado en sentencia firme fue la procedencia de la división de la cosa común, por resultar «inservible para el uso al que se destina», en un sentido económico, pero no por tratarse de una «cosa esencialmente indivisible» (art. 404 CC)

EN UNA COMPRAVENTA DONDE PARTE DEL PRECIO ES APLAZADO, Y SE PACTA ADEMÁS DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 1.124 CC, LA EXISTENCIA DE UNA CLÁUSULA RESOLUTORIA PARA EL SUPUESTO DE LA FALTA DE PAGO; CORRESPONDE A LA DEMANDADA JUSTIFICAR QUE POR SU PARTE NO EXISTIÓ UNA VOLUNTAD REBELDE EN EL INCUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES, NI QUE CON SU CONDUCTA SE FRUSTARON LAS LEGÍTIMAS EXPECTATIVAS CONTRACTUALES DE SU Oponente. (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1995.)

No cabe alegar simplemente que no se había enterado del vencimiento de la letra ni del protesto, y que después de efectuado el requerimiento resolutorio, le comunicó al vendedor que el importe de la letra protestada lo había depositado en poder de unos abogados de donde podía retirarlo. El pretendido «olvido» del vencimiento no se dió en la primera letra, pagada a su vencimiento, ni tal impago se produce cuando una letra se domicilia en una c/c, y en esta existe saldo para ser satisfecha. El anunciado depósito del importe debido en poder de unos abogados, domiciliados en otra ciudad, ni se hizo en fecha hábil, ni es un método liberatorio correcto; y desde la fecha del protesto de la letra, hasta el del requerimiento de resolución pasaron más de dos meses, tiempo suficiente para haber efectuado el pago, y evitar la pactada resolución contractual.

A FALTA DE PACTO DE SUMISIÓN EXPRESA, Y NO HABIÉNDOSE ACREDITADO SI LAS MERCANCÍAS VIAJARON A RIESGO DEL VENDEDOR O DEL COMPRADOR, HA DE ENTENDERSE QUE LO FUERON POR CUENTA DE ESTE Y, POR TANTO, QUE TALES MERCANCÍAS LE FUERON ENTREGADAS EN EL DOMICILIO DEL VENDEDOR, QUE ES DONDE DEBE PAGARSE EL PRECIO DE LAS MISMAS, AL NO HABERSE PACTADO OTRO LUGAR DISTINTO PARA DICHO PAGO. (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1995.)

No aparece probada la existencia de pacto alguno de sumisión expresa de las partes a la jurisdicción de ningún juzgado, pues la cláusula de dicha índole que consta impresa al pie de los albaranes de entrega de las mercaderías, en letra de minúsculo tamaño tipográfico, carece de fuerza vinculante para la entidad compradora al no haberse probado que ésta aceptara dicha cláusula, ni con su firma estampada en lugar adecuado para ello, ni de ninguna otra manera.

La circunstancia de haberse librado una o más letras de cambio para el cobro de dicho precio, cuando la ejercitada no es una acción cambiaria sino

la personal derivada del mismo contrato de compraventa mercantil, carece de trascendencia para variar el referido criterio competencial, al no ser ello sino el señalamiento de un medio o fórmula de pago intrascendente a efectos de competencia.

EL FALLO DEBE GUARDAR ACATAMIENTO A LA SUSTANCIA DE LO PEDIDO PARA QUE EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA QUEDE CUMPLIDO, SIN QUE SEA NECESARIO UNA CONFORMIDAD RÍGIDA Y LITERAL CON LAS PRETENSIONES EJERCITADAS. (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1995.)

Los actores solicitaron en su demanda que se les indemnizase en los daños y perjuicios que pericialmente se determinase en periodo de prueba. La Audiencia Provincial no altera lo principal sino lo accesorio, buscando la efectividad del fallo y una mejor adecuación del mismo al suplico de la demanda, decidiendo sobre el mismo objeto, al fijar el «quantum indemnizatorio». No estamos ante una sentencia incongruente pues lo importante es que las declaraciones del fallo tienen virtud y eficacia suficiente para dejar resueltos todos los puntos que fueron materia del debate. No se ve agravamiento de la condena de los apelantes, sino concreción en el tiempo para lo que aparece perfectamente determinado y que por tanto, puede hacerse efectivo desde que se concede, pretendiendo la recurrente un retraso que viene proscrito por el artículo 11.2.º de la LOPJ y por el propio artículo 24 de la CE, ya que sólo se debe dejar para ejecución de sentencia lo que no se puede determinar en la misma.

LA PROSPERABILIDAD DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA EXIGE EN EL RECLAMANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES QUE LE COMPETEN Y QUE MEDIE EL REQUERIMIENTO A QUE SE REFIERE EL ARTICULO 1.504 DEL CC QUE TIENE EL VALOR DE UNA INCLINACIÓN A QUE SE ALLANE EL COMPRADOR A RESOLVER LA OBLIGACIÓN DEJANDO CLARA ESTA ESPECIFICA VOLUNTAD OBSTATIVA AL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL, HASTA EL EXTREMO DE QUE TAL CONDUCTA FRUSTRAR EL FIN DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1995.)

La resolución del contrato de compraventa de bienes inmuebles se rige no sólo por lo dispuesto especialmente en el artículo 1.504 CC que exige que el vendedor comunique fehacientemente al comprador su voluntad resolutoria del contrato, hasta cuyo momento puede abonarse válidamente el precio, sino que también le es aplicable la norma general del artículo 1.124 implícita en las obligaciones recíprocas.

En el presente caso no puede alegarse incumplimiento como causa de resolución del contrato. Los actores por su condición de copropietarios *pro indiviso* con la demandada han incumplido con su obligación de proceder a la liquidación y determinar con ella el precio de la cuota adquirida, amén de no haberle comunicado en sus específicas condiciones el pacto celebrado a sus espaldas con el que era el otro comprador, y en razón de esto difícilmente puede decirse que la demandada ha dejado de abonar determinada cantidad cuando se desconoce lo que le corresponde pagar conforme a lo pactado en el contrato.

LA RETRIBUCIÓN ES UN DERECHO DEL LETRADO, SIN PERJUICIO DE LA RESPONSABILIDAD EN QUE HUBIERA PODIDO INCURRIR POR NEGLIGENCIA, DERIVÁNDOSE DE ESTA FALTA DE DILIGENCIA LA OBLIGACIÓN DE RESARCIR LOS PERJUICIOS CAUSADOS A AQUELLA PERSONA A QUIEN EL PERJUICIO SE HUBIERA PRODUCIDO. (SENTENCIA 23 DE OCTUBRE DE 1995.)

Los honorarios percibidos por el Letrado —parte demandada— lo fueron como retribución por sus servicios a tenor del artículo 1.544 y concordantes del CC y artículo 56 del Estatuto General de la Abogacía, y como anticipo de ellos y de los gastos suplidos se habían hecho antes la provisión de fondos, descontándose éste último en la liquidación final.

Existe una falta de legitimación que tanto si se estima que la negligencia que al demandado se imputa es incardinable en el artículo 1.101 CC como surgida en el cumplimiento del contrato de servicios propios de un Abogado, como si se entendiera que la presunta obligación deriva de la culpa aquiliana a la que se refiere el artículo 1.902, parece claro que ambos preceptos otorgan la correspondiente acción para reclamar la indemnización a los propios perjudicados, y no a otra persona alguna que no acredite habersele conferido la representación por estos perjudicados.

LA PREFERENCIA DEL ARTICULO 1.924-3.º DEL CC, EXIGE QUE LOS DOCUMENTOS ENFRENTADOS REFLEJEN UNA INDISCUTIBLE REALIDAD CREDITICIA QUE COMPORTA LA DEUDA EXIGIBLE. (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1995.)

El crédito del Banco Zaragozano y de sus cesionarios es líquido, vencido y exigible, nacido con anterioridad al del Banco Pastor, pues aquél deriva de contrato real de préstamo y éste de contrato de crédito, que sólo deviene líquido tras el cierre de cuenta, que además es de fecha posterior al vencimiento del préstamo concedido por el Banco Zaragozano.

La deuda que proviene de préstamo nace el mismo día de la entrega del dinero, es líquida desde ese momento en cuanto al principal y desde la certificación de cierre de la cuenta, en relación con los intereses.

LA INSTITUCIÓN DEL LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO NO OPERA EN LAS RESPONSABILIDADES DERIVADAS DE LA CONSTRUCCIÓN DE EDIFICIOS DEL ARTICULO 1.591 DEL CC (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1995.)

En los supuestos de concurrencia de varias concausas, unas atribuibles a la dirección técnica y otras a la ejecución de la obra, no siendo posible la individualización o cuantificación de las respectivas actuaciones, surge entre los intervinientes la figura de la solidaridad, con arreglo a la cual basta con demandar a alguno o algunos de los implicados, y todo ello sin perjuicio de la relación interna entre los deudores para reclamar el que pagó la parte de deuda correspondiente a sus codeudores. Esta responsabilidad solidaria faculta al perjudicado a dirigirse contra todos o alguno de los presuntos responsables civiles y ello sin perjuicio de que, al permanecer preexistentes las relacio-

nes internas, se puedan utilizar las acciones de repetición que en su caso procedan por los que se declaren responsables y resultan condenados respecto a los demás intervinientes en la obra. La solidaridad impropia, establecida por la jurisprudencia en beneficio de los perjudicados, cuando no se pueden individualizar responsabilidades impide que entre en juego el litis consorcio pasivo necesario.

PARA DECRETAR PRECLUIDO EL PLAZO DE PERSONAMIENTO Y COMPARECENCIAS EN EL TRIBUNAL ANTE EL QUE SE INTERPONE EL RECURSO DE APELACION, NO CUENTA LA NOTIFICACIÓN DEL PROVEÍDO DE ADMISION, SINO ÚNICAMENTE LA DILIGENCIA DE EMPLAZAMIENTO CORRESPONDIENTE, LA QUE SE EFECTUARA Y HABRÁ DE SER RECIBIDA POR LOS PROCURADORES PERSONADOS EN LAS ACTUACIONES, CONFORME AL ARTICULO 6 DE LA LEC, SALVO LAS EXCEPCIONES PREVISTAS PARA LOS PERSONALES. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1995.)

No puede darse situación de indefensión, pues, tanto tratándose de una posible equivocación en la fecha de notificación de la providencia de referencia, como de posible error subjetivo sufrido por el Procurador receptor de la misma, no procede imponer al dato objetivo concluyente que es la realidad procesal que se expresa en las diligencias de emplazamiento, que es la que ha de tenerse en cuenta. En todo caso, sería una situación de indefensión provocada al particular interesado, generada no por actuación imputable al órgano judicial, ni tampoco por quebrantamiento acreditado de las formas esenciales del juicio, al no haberse ocasionado infracción de las mismas, pues puede obedecer a posible negligencia o desatención de su representación procesal, defensa jurídica o incluso del propio litigante afectado.

LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS REQUIERE NECESARIAMENTE QUE ESTOS SE HAYAN PRODUCIDO Y HAN DE SER EFECTIVAMENTE DECLARADOS JUDICIALMENTE SU CAUSACIÓN Y PROCEDENCIA COMO CONSECUENCIA DE LA APRECIACIÓN PROBATORIA DE SU DEMOSTRACIÓN E IMPUTABILIDAD A PERSONA IDENTIFICADA, LO QUE ES PREMISA Y ACTÚA COMO PRESUPUESTO INELUDIBLE PARA FIJAR LA CANTIDAD REPARADORA, POR LO QUE HA DE PARTIRSE DE SU REAL CAUSACIÓN QUE CORRESPONDE ESTIMAR AL TRIBUNAL DE LA INSTANCIA. (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1995.)

En relación con la cuantificación de los daños y perjuicios la Sala sentenciadora está facultada para atender las circunstancias concurrentes que estime pueden aportarle elementos a efectos de dicha fijación económica, pues debe procurarse en lo menos diferir tal decisión para el trámite de ejecución de sentencia, aplazamiento procesal que en realidad supone un nuevo pleito y hace debilitar los legítimos derechos de los acreedores, máximo cuando la posibilidad de discusión ha estado abierta a todas las partes litigantes.

En el presente caso, las partes que litigan están relacionadas por contratos de concesión o distribución en exclusiva de productos comerciales que otorgó la recurrente y tales actos jurídicos con autonomía contractual propia y natu-

raleza mixta, operan mediante la atribución que el empresario realiza al concesionario para vender en la zona mercantil que le asigna los productos de aquél, actuando éste con libertad y cuenta propia, si bien adecuándose a las instrucciones y normas que fija el concedente. Como todos los contratos mercantiles están sometidos a la buena fe, que impone en estos supuestos el requisito del preaviso para la denuncia de la relación, dadas las especiales características de la misma, con lo que la extinción se produce en atención a lo concertado y a falta de pacto expreso, como es el caso de autos, rige la normativa general de los contratos. No se excluye la declaración unilateral de desistimiento para denunciar la concesión cuando es en exclusiva y sin límite temporal, pero su válido ejercicio requiere la concurrencia de justas causas y por tratarse de obligaciones bilaterales, juega el incumplimiento patente. La consecuencia jurídica al producirse arbitrario desistimiento unilateral, es que éste se mantenga, pero no queda exonerado el concedente de toda responsabilidad, ya que le alcanza la obligación de resarcir los daños y perjuicios que hubiera ocasionado a la parte cumplidora, sobre todo al haber actuado de mala fe.

TANTO EL DOLO COMO LA CULPA EN LA DETERMINACIÓN DE JUSTIPRECIO DE BIENES, A CONSECUENCIA DEL VICIADO Y ERRÓNEO AVALUÓ DEL PERITO SON CAUSA DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. ARTICULO 1.101 CC (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1995.)

Las facultades que al órgano jurisdiccional confiere la Ley en orden a la apreciación de la prueba pericial, practicada en el proceso civil de declaración, no exime de responsabilidades al perito que emite el dictamen que ha de actuar de acuerdo con su leal saber y entender, según los márgenes de la discrecionalidad que la propia subjetividad del perito reclama y con las legítimas discrepancias con el parecer de otros que procedan, pero siempre con la diligencia de un buen profesional en la ciencia, arte u oficio de que se trate y, por ello, sometido a la «lex artis» de la profesión que ejerza, sin incurrir en dolo ni diligencia. Por el dolo y la negligencia en la emisión del dictamen se responde civilmente, y, a veces penalmente si se incurre en conductas tipificadas penalmente. Más en el presente caso, la responsabilidad del perito deviene directa de su culpa, sin tomar en consideración el error actual o potencial a que indujo o podía ser inducido el juzgador, ya que, como establece la sentencia recurrida, no cumplen igual función el peritaje en el proceso declarativo que el peritaje en la vía de apremio como operación de tasación de bienes. La tasación pericial tiende a proteger no sólo el interés del ejecutante sino también el patrimonio del ejecutado pues su razón de ser estriba en que el tipo de la subasta se corresponda con el valor real de los bienes embargados, evitando así que una valoración inferior permita que en la posterior subasta se adjudiquen los mismos en precios muy inferiores a los de mercado.

Por otro lado, la relación que vincula al perito con la parte tiene naturaleza contractual, concretamente de arrendamiento de servicios por la prestación de los requeridos conforme a su profesión. Esta naturaleza con sus correspondientes efectos se extiende por adhesión al supuesto de aceptación por el ejecutado del perito nombrado por el ejecutante. Todo ello con independencia del carácter público de la función que desempeña.

PARA LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS SE ESTARA A LOS TÉRMINOS DEL MISMO QUE NO DEJAN DUDA SOBRE LA VERDADERA INTENCIÓN DE LOS CONTRATANTES. (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1995.)

La calificación jurídica de las relaciones que unen a las partes litigantes es función privativa de los juzgadores de instancia y ha de ser mantenida invariable en casación, a no ser que la misma resulte ilógica, errónea o violadora de las normas de la hermenéutica contractual. La Sala de instancia examina las razones sobre la determinación del contrato al entender que, de conformidad con lo regulado en el párrafo primero del artículo 1.281, los términos del mismo no dejan duda sobre la verdadera intención de los contratantes que no fue otra que la concertar un contrato preliminar de promesa bilateral de compra y venta ya que de la prueba documental aportada se revela la intención futura de perfeccionar el contrato de compraventa frente a la calificación que formula la parte recurrente que estima que el contrato litigioso representa una compraventa de cosa ajena.

I. I. M.