

III. Sentencias del Tribunal Supremo

1. DERECHO CIVIL

A) PARTE GENERAL Y DERECHOS REALES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y A LA INTIMIDAD PERSONAL. PROTECCION POST MORTEM. DAÑO MORAL. USOS SOCIALES. Ley 1/1982, de 5 de mayo, artículos 8, números 1 y 2, a), y 9, número 3 (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1986).

La indemnización del daño moral ha de ajustarse a otras pautas que las de estricta equivalencia económica.

No es lugar abierto al público la enfermería de una plaza de toros.

La esfera de la intimidad personal está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus propios actos mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento, debiendo atenderse a los usos sociales.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante, Editorial P., contra la sentencia de la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Madrid, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 14 de esta capital, la que anula. Los fundamentos de esta interesante sentencia son:

1. El presente recurso de casación se dirige contra la Sentencia de la Audiencia de esta capital (16 de julio de 1985) que, manteniendo la del Juzgado (4 de febrero de 1985), estima parcialmente la demanda de I. P. M. en el concepto de viuda del matador de toros F. R. P., fallecido el 26 de septiembre de 1984 a consecuencia de las heridas de asta de toro que recibió en la plaza de Pozoblanco, y condena a la entidad demandada, que es «Editorial Prographic, S. A.», «por la grabación y comercialización de cintas de vídeo sin autorización en las que se recogen escenas e imá-

genes de la vida privada y profesional del que fue su esposo, a que abone la cantidad de 20 millones de pesetas en concepto de daños y perjuicios», añadiendo que «se ratifica la medida cautelar adoptada el pasado 29 de noviembre (de 1984), en el sentido de que deberán quedar fuera del comercio las cintas grabadas y no se podrán comercializar en el futuro». La demandante había solicitado (aparte la suspensión cautelar de la venta de los vídeos que, bajo el título *Paquirri, un canto de amor y muerte*, estaba comercializando a la sazón, lo que se acordó en Providencia de 29 de noviembre de 1984 y llevó a efecto el 30 del mismo mes) una sentencia en la que se condene a la entidad demandada a abonarle, en concepto de daños y perjuicios, la cantidad de 40 millones de pesetas.

2. No existe cuestión alguna en torno a que la pretensión indemnizatoria de la demanda reposa sobre el contenido del vídeo ocupado e incorporado a las diligencias, por lo cual carece enteramente de sentido el motivo primero de los cinco de que consta el recurso de casación y que se articula por el cauce del número 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la apreciación de la prueba. Lo que el motivo, según aparece en su desarrollo, pretende es más bien que se valore o estime jurídicamente de otro modo que en la instancia el contenido de la cinta, lo cual no es cuestión atañente a la actividad probatoria.

3. Debe ser examinado a continuación el motivo tercero, que, al amparo del ordinal tercero del mismo artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la irregularidad de la sentencia tachándola de incongruente e invocando al propósito el artículo 359 de la dicha Ley. Alega que «de todo el contenido de la cinta de vídeo únicamente encuentra protegible una concreta escena, según narra en el octavo considerando, y, sin embargo, otorga protección a todo el contenido del vídeo objeto de la medida cautelar, cuando debía haber discriminado entre unas y otras imágenes, decretando cuáles son las imágenes que violan, a su juicio, la exigida protección de la propia imagen y la intimidad, de aquellas otras que no violan tal derecho». Esta alegación, así formulada, pudo servir en su oportunidad para salir al paso de la medida cautelar que adoptó la Providencia del Juzgado de 29 de noviembre de 1984 y que se llevó a efecto, como se adelantó, el 30 de dicho mes, y ahora podría conducir a la casación parcial para conseguir eliminar del fallo condenatorio el pronunciamiento en que se ratifica la medida cautelar de secuestro de las cintas de vídeo, pero ni puede conducir a una casación total, como se pretende, si las escenas que se dicen atentatorias a la intimidad mantuvieran esa calificación en este trance de la casación, ni, más en profundidad, constituirían (con lo que el motivo decae) irregularidad procesal del fallo, sino improcedencia de una parte del mismo. Se hace preciso por ello alcanzar el fondo del recurso y juzgar, en definitiva, si el contenido de la cinta, siquiera en alguna de sus partes, merece la protección jurisdiccional objeto de la demanda.

3. Los motivos segundo, cuarto y quinto del recurso discurren los tres por el cauce de amparo del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El motivo segundo entiende que el contenido del vídeo está en el supuesto del apartado a) del número 2 del artículo 8 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, por dos razones: la enfermería de Pozoblanco se convierte, en sus primeros momentos, en lugar abierto al público, y, además, las imágenes fueron captadas por la entidad demandada no en la enfermería de Pozoblanco, sino del programa «Informe Semanal» de

Televisión Española, con audiencia estimada de 17 millones de espectadores, por lo que no es posible entender que la imagen no se ha captado en lugares abiertos al público o en acto público. El motivo cuarto invoca el número 1 del mismo artículo 8, en cuanto, genéricamente, descarta aquellas actuaciones tachadas de intromisiones cuando predomine en ellas un interés histórico, científico o cultural relevante, y, a juicio de la entidad recurrente, la fiesta de toros es un elemento fundamental explicativo de nuestra cultura, y dentro de la fiesta, la «cogida» es la plasmación del riesgo con todo el dramatismo social que ello encubre, siendo, pues, de interés cultural la cogida y la misma muerte. Finalmente, el motivo quinto se endereza contra la indemnización de 20 millones, y se funda en el número 3 del artículo 9, con vista del cual la moteja de indemnización desorbitada, por cuanto la difusión, reducida a la venta de un máximo de 55 copias, y el beneficio de la entidad demandada no ha sido acreditado en modo alguno. Deben examinarse estos tres motivos atendiendo primordialmente al cuarto, en íntima e inseparable relación con el segundo, ya que, ante todo, ha de dilucidarse si el contenido del vídeo representa una intromisión en los invocados derechos o bienes de la personalidad en aspectos que deban ser preservados, ya que por su contenido, la suerte del motivo quinto pende de la de aquéllos, por no proceder indemnización alguna si, como en aquéllos se alega, no ha existido la intromisión ilegítima. Debe, sin embargo, declararse que, según el texto invocado, el perjuicio se presume por la Ley, y si la indemnización se valorará tomando en consideración «el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma», según así lo expresa el mismo texto, se entenderá al daño moral, que, como dijo la Sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 1983, ha de ajustarse a otras pautas que las de la estricta equivalencia económica y que, en correlación con la naturaleza de la personalidad, que es lo que se protege, se regirá por las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión producida a la del agraviado, para lo que se tendrán en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

4. Los textos que el recurso invoca en los motivos que se están examinando distinguen la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada, prohibidas, desde luego, y las obtenidas fuera de ellos, prohibidas también, en términos generales (7, 5), pues pudiera excepcionar la protección el predominio del interés histórico, científico o cultural siendo relevante, quedando también fuera de la prohibición y de la protección las imágenes obtenidas fuera de los lugares o momentos de la vida privada de personas que ejerzan una profesión de notoriedad o de proyección pública si la imagen se capta durante un acto público o en lugares abiertos al público (8, 1, a). Esas personas, profesionales de notoriedad o proyección pública, tienen protegida su intimidad, pero la protección de su imagen cesa cuando la captación de la misma tiene efecto durante un acto público o en lugares abiertos al público. Y es desde esta perspectiva que debe juzgarse si las imágenes que el vídeo contiene merecen o no la protección jurisdiccional.

5. El vídeo en que se supone vulnerado el derecho de la persona a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se aplica con marcada preferencia a las actuaciones profesionales o artísticas del torero fallecido y a ellas dedica la práctica totalidad de su contenido; actuaciones artísticas que se acompañan con los juicios y opiniones y los recuerdos

de autoridades y críticos taurinos y amigos y dependientes del diestro. De esta línea, ceñida a la actividad artística, a la que se atiene el video, sin posible duda, únicamente conciernen a lo personal algunas imágenes de sus bodas y de su sepelio. Por ello, sin duda, el fallo condenatorio se basa en que la Ley prohíbe la captación de «las imágenes del torero inmediatamente siguientes a la cogida que determinó su fallecimiento, especialmente las correspondientes a su ingreso y estancia en la enfermería de la plaza, lugar que, por sus características y finalidad, confiere necesariamente carácter privado a cuanto allí sucede». La captación y la reproducción de imágenes está permitida «siempre que la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, circunstancias que en manera alguna concurren en la enfermería de una plaza de toros, sea cualquiera el número de personas que en un determinado momento tengan acceso a ella»; distinguiendo también entre la divulgación de esas imágenes, que fueron difundidas, según es notorio, por Televisión Española, y que fueron reproducidas por el programa «Informe Semanal» cinco días después del suceso, lo que se reputa «información inmediata de un suceso con resonancia pública, y la comercialización posterior, con ánimo de lucro, de esa misma información, incluyendo las imágenes de los últimos momentos de la vida del torero herido».

6. Para rectificar el juicio tan ponderado que la Audiencia deja razonado, es obligado denotar que la protección a los bienes de la personalidad ha de dispensarse dentro de una intensa relativización correlativa a la índole de los mismos, la cual protección se manifestará, de una parte, permitiendo extenderla a supuestos distintos de los casos enunciados en el artículo 7 de la Ley. Estos casos la atraerán, desde luego, pero a la manera de acaecimientos más significativos o frecuentes y ejemplificadores de agresiones ilegítimas a la intimidad, destacados del fondo del principio general del *alterum non laedere*. No constituyen, sin embargo, un *numerus clausus*. De otra parte, la denotada relativización con la que ha de otorgarse la protección se manifestará tratando la personalidad y correlativa intimidad de cada persona, y en cada caso según las circunstancias que operarán decisivamente antes del contraste o confrontación de la norma con la ocurrencia concreta; ésta, pues, será configurada, caracterizada e individualizada por o a través de esas circunstancias, escogiendo el Juez, al efecto, las más relevantes. Debe así eliminarse cualquier manifestación de automatismo, quedando ampliada la esfera valorativa del Juez, a quien competirá antes y con preferencia a la subsunción del hecho con la norma, la construcción selectiva del «trozo de vida» que conviene a aquélla, atendiendo para hacerlo a las pautas a que la Ley remite en su artículo 2, 1. Y es que la esfera de la intimidad personal está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento; expresiones de la Ley misma por las cuales queda encomendada al juzgador la prudente determinación del ámbito de la protección en función de datos variables según los tiempos y las personas, conforme al ya invocado punto 1 del artículo 2. Resulta, pues, decisivo para trazar los límites de la intimidad que ha de ser preservada judicialmente el atender a los usos sociales, y más señaladamente todavía y con carácter más determinante aún, a los propios actos al respecto y a las pautas de comportamiento libremente

escogidas y asumidas por cada persona. La persona de cuya intimidad se trata en el presente juicio era de profesión lidiador de toros, en la que se ocupaba desde hacía muchos años, más de diez, habiendo alcanzado en ella notable celebridad. Siendo de la esencia del espectáculo de que era principal protagonista (espada, matador, maestro), puesto al frente de otros artistas de menor categoría y de subalternos, no caben dudas acerca de que asumía el riesgo consiguiente a las actuaciones que ese espectáculo de masas comporta por su propia naturaleza. Eliminado o disminuido el riesgo de vida y puesto fuera de las reglas y usos que le son propios, la fiesta llamada nacional precisamente por su difusión, se desesencializaría y dejaría de ser, para transmutarse en otro espectáculo. Participar principalmente en el espectáculo arriesgado equivale a tanto como aceptar libremente correr esos riesgos y, llegado el caso, sufrirlos dentro del espectáculo mismo, con todas sus consecuencias. Ni, pues, la ocurrencia sobrevenida en la última parte de la lidia de un toro al ser corneado por el animal que le dio alcance con sus astas, ni la herida que por ello se le siguió, ni la interrupción de la faena a ella consiguiente, ni el traslado del diestro desde el lugar en que cayó al desprenderse su cuerpo de las astas de la fiera, atravesando *a fortiori* el ruedo y el callejón del coso y su ingreso en la enfermería, todo a la vista de la masa del público, pertenecen en manera alguna a la concreta intimidad personal protegible, ya que no son sino el propio espectáculo, consistente en sortear el necesario riesgo, frustrado o acaso realizado en un lance propio del mismo, aunque eventual. La sentencia, acertadamente ha puesto el énfasis, llegado ya el torero a las dependencias de la enfermería, en aquella parte del video en el que se afirma materializada la intromisión en la intimidad, en la que se recogen (muy brevemente por cierto, según el ritmo propio de la gravísima ocurrencia) imágenes de las heridas cuando son examinadas al parecer por algún sanitario al cual dirige el herido frases explicativas de la forma del percance y ello al tiempo que simultáneamente dialoga también con otras varias personas de las que llenan la dependencia, las cuales, fuera de los sanitarios, debieron ser inmediatamente desalojadas, a juzgar por las conminaciones al efecto que también son audibles. No son tales imágenes, obtenidas en el momento mismo del ingreso en la enfermería, sino el final del espectáculo y las palabras del infortunado diestro puesto en trance tan apretado que poco después perdería la vida a causa de las heridas filmadas, no pueden ser interpretadas como una apelación a su intimidad, de modo tal, que si los usos sociales y la índole propia de la actividad profesional no excluían de suyo aquellos momentos de la connatural publicidad, tampoco lo fueron por la decisión de la persona de que se trata, aunque a la honrosa celebridad que le proporcionaba su desgracia, a la que hacía frente con serenidad poco común.

7. Procede, según lo razonado, estimar el recurso por sus motivos segundo y cuarto y sin que haya lugar a examinar el quinto, y casar y anular la Sentencia de 16 de julio de 1985, pronunciando la estimación del recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandada y desestimando la demanda.

COMENTARIO.—La protección de los derechos de la personalidad es una cuestión de relevante actualidad que ha alcanzado gran trascendencia in-

cluso en el ámbito internacional y político, con su encuadre dentro de los llamados «derechos humanos», como si todos los derechos no lo fuesen en realidad. Limitándonos al campo estrictamente civil, se trata de un tema que está unido íntimamente al daño moral (*pecunia doloris*), en el que fueron pioneros los países anglosajones, concretamente su jurisprudencia. Se citan, en efecto, casos tales como la indemnización de 500 libras por derribar el sombrero a una persona, otras por negar el saludo en una reunión social o verse obligado el viajero a instalarse en una clase inferior del tren a la del billete que se le había expedido, etc.

En nuestro Derecho, la indemnización de los daños morales ha ido abriéndose paso trabajosamente, en principio referida a los supuestos de culpa extracontractual por accidentes, pudiendo citarse en tal sentido la Sentencia de 9 de diciembre de 1949, comentada por el profesor DESANTES (*ADC*, III, 1, enero-marzo 1950, págs. 225-230), motejándola de justa y equitativa.

Una de las manifestaciones del respeto a la intimidad personal y los derechos de la personalidad lo constituye la protección *post mortem* de la persona o de sus restos, citándose el célebre caso de los herederos de BISMARCK negándose a la reproducción gráfica. En este punto, como en tantos otros, se adelantó el inolvidable magisterio de don FEDERICO DE CASTRO, quien, tanto en sus explicaciones de cátedra como en un pequeño, pero enjundioso volumen titulado *Temas de Derecho civil*, se ocupó de la cuestión señalando la dificultad de la materia y la posible distinción entre ciertas zonas o esferas para vencerla. Dice así: «La dificultad residirá siempre en fijar bien hasta dónde llegar y cuál es el objeto exacto de ese 'debido respeto a la intimidad'. Como criterio orientador, cabe distinguir zonas... en que ese respeto ha de jugar de menos a más: 1. *Zona pública*, aquella que corresponde a la de la actuación y responsabilidad de los hombres públicos, en cuanto a su obrar. 2. *Zona privada*, referida a los actos de los hombres no públicos o de los hombres públicos en lo que no afecta a su actuación como tal (vida familiar, relaciones de amistad personal). 3. *Esfera secreta o confidencial*, será la que normalmente se quiere ocultar a la curiosidad ajena (desgracia personal o familiar, diario íntimo, correspondencia confidencial)». Esta distinción es aplicable al caso presente, en el que la actividad del torero puede considerarse por su profesión y los eventos que en la misma le suceden en el lugar en que ocurrieron como «zona pública», zanjando el distinto criterio de las partes respecto a las escenas —breves, por otra parte— de la enfermería, como formando parte de la misma.

Ahora bien, adviértase que la raíz del pleito no es tanto la reproducción inmediata y por un medio gráfico del desgraciado suceso y su inmediata consecuencia —asistencia médica en la enfermería de la plaza—, sino más propiamente de su difusión mediante precio a través de las cintas de vídeo comercializadas unilateralmente por la firma demandada, sin el consentimiento de los herederos del diestro.

En la decisión de nuestro más Alto Tribunal parece que juegan las siguientes consideraciones, aunque no todas ellas se manifiesten claramente en la sentencia:

1.º La cuantía de la indemnización solicitada por la demandante, apelada y recurrida, que parece a todas luces excesiva (40 millones de pesetas

en el año 1984), lo que conlleva a estimar la posible existencia en ésta de un ánimo de lucro en cierto modo incompatible con la naturaleza de los hechos, máxime al no haber resultado acreditados los beneficios comerciales producidos por las supuestas ventas de tales cintas de vídeo.

2.º Que tal actividad —filmar en vídeo las actuaciones de toreros— es uno de los fines específicos de la Empresa demandada, apelante y recurrente, la cual había recogido ya las de cinco diestros y tenía otras en vías de terminación.

3.º Que las escenas de la enfermería no fueron filmadas por la demandada en su totalidad, sino por RTVE o TVESA y difundidas por aquélla con autorización de éstas.

En cuanto al primer punto señalado, ya el Juzgado de Primera Instancia número 14 de Madrid debió estimarlo así, pues redujo a la mitad la cuantía de la indemnización, condenando a la Sociedad demandada a que indemnice a la actora por la grabación y comercialización de cintas de vídeo sin autorización en las que se recogen escenas e imágenes de la vida privada y profesional del que fue su esposo a que abone la cantidad de 20 millones de pesetas en concepto de daños y perjuicios, ratificando la medida cautelar adoptada en el sentido de que deberán quedar fuera del comercio las cintas grabadas y no se podrán comercializar en el futuro, rechazando la excepción alegada de litisconsorcio pasivo necesario, sentencia confirmada en todas sus partes por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

El recurso de casación se articula a través de los siguientes motivos: PRIMERO.—Al amparo del número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al errar la Sala sentenciadora y el Juez de Instancia en la apreciación de la prueba. Ambas sentencias llegan a la conclusión de que las imágenes obtenidas en la enfermería de la plaza de Pozoblanco son susceptibles de protección por ser privadas, dado que el lugar en que se obtuvieron era privado. Y tal premisa de contenido fáctico entendemos que es errónea, a tenor de lo que se advierte en la prueba practicada. SEGUNDO.—Al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable al caso. La sentencia que recurrimos vulnera también el artículo 8, 2, a), de la expresada Ley Orgánica 1/1982, y en su consecuencia el artículo 20, 1, b), de la Constitución Española, ya que las imágenes objeto de la controversia tienen el carácter de públicas, han sido obtenidas en lugares públicos y de una persona que ha de reputarse pública. Tanto la Ley Orgánica cuya vulneración denunciarnos, como su antecedente legislativo, tenían una sola finalidad en cuanto a la intimidad y la propia imagen, y esta finalidad no era otra que defender la vida privada de las intromisiones ilegítimas. Por ello, y de forma evidente, ambas disposiciones exceptuaron de su ámbito de aplicación la información de la vida de personajes públicos. Se debe, pues, admitir la aplicabilidad del artículo 8, 2, a), de la precitada Ley 1/1982, despojando de ilegitimidad esas imágenes o su reproducción. En otro caso, se produciría, y así lo enunciamos formalmente a los efectos procesales oportunos, una violación del artículo 20 de la Constitución Española. TERCERO.—Al amparo del artículo 1.692, número 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción en las normas reguladoras de la sentencia. Por violación del artícu-

lo 359 de la expresada Ley Procesal Civil, ya que el fallo de la sentencia recurrida es contradictorio con el contenido argumental de la misma. La sentencia que recurrimos, dictada en un pleito de protección jurisdiccional del derecho a la intimidad y a la propia imagen, en sus fundamentaciones jurídicas y fácticas, de todo el contenido de la cinta de vídeo únicamente encuentra protegible una concreta escena. Y, sin embargo, otorga protección a todo el contenido del vídeo objeto de la medida cautelar, cuando debía haber discriminado entre unas y otras imágenes, decretando cuáles son las imágenes que violan, a su juicio, la exigida protección de la propia imagen y la intimidad, de aquellas otras que no violan tal derecho. CUARTO.—Al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable al caso. Se denuncia, en concreto, la infracción por aplicación del artículo 8, 1, *in fine*, de la Ley 1/1982, que amplía, a su vez, la Ley Orgánica de Protección de los Derechos Fundamentales de 26 de diciembre de 1978, por cuanto las imágenes que se controvierten en este proceso son imágenes de interés histórico y cultural. El mencionado precepto vulnerado por las sentencias recurridas establece que «no se reputarán con carácter general intromisiones ilegítimas... cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante». Al ser así la aplicación de la norma invocada desaparece la restricción a la libre expresión científica, considerándose legítima la supuesta «intromisión». QUINTO.—Al amparo del número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas del ordenamiento jurídico. Se infringe, a juicio de esta representación, el artículo 9, 3, de la Ley 1/1982. Y ello al señalar la suma de 20 millones de pesetas, cantidad, a nuestro juicio, desorbitada por cuanto la difusión y el beneficio de la demanda no ha sido acreditado en modo alguno, sin que quepa la vía de presunciones, y ha de conocerse que se trata de un suceso que con cierta reiteración se emite por otros medios de comunicación, no sólo TV, sino prensa fotográfica, etcétera. En suma, tras una audiencia de TV a 16 millones de espectadores, parece que la lesión que se hubiere producido, en su caso, no ha de tener esa valoración, sino otra muy inferior. Y a idéntica conclusión se ha de llegar si se examina el beneficio obtenido, apareciendo unas ventas de cerca de 50 cintas a un precio de 8.000 pesetas, lo que haría ascender la comercialización a 400.000 pesetas, de las que habría de deducirse, en su caso, los costes de impresión. Procede, pues, que la Sala, en caso de mantener la sentencia, pondere la suma indemnizatoria, de acuerdo a lo previsto en el artículo cuya infracción denunciarnos, cifrándola en no más de 300.000 pesetas. Y tal revisión de la indemnización puede producirse en este trámite, por cuanto la Sala a que me dirijo se encuentra en idéntica posición de decisión que el Juzgado de Instancia.

El Tribunal Supremo acoge los motivos segundo y cuarto, sin que haya lugar a examinar el quinto, casando y anulando la Sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 16 de julio de 1985 y desestimando la demanda, alzando y quedando sin efecto la medida cautelar adoptada por el Juzgado en Providencia de 29 de noviembre de 1984.

En resumen, el Tribunal Supremo decide en buena lógica que no estamos ante un caso de intromisión ilegítima, conforme al artículo 8, apartado 2, letra a), de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

F. C. L.

SERVIDUMBRE DE PASO.—EXTINCION POR INCUMPLIMIENTO DE LO CONVENIDO AL CONSTITUIRLA.—INDEMNIZACION (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Madrid, que había revocado en parte la del Juzgado de Primera Instancia número 12 de esta capital, conforme a los siguientes fundamentos de Derecho:

1. Deducidos los cinco motivos que sirven de fundamento al recurso por la vía del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su anterior redacción, de aplicación al caso), las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida, al no haber sido impugnadas por el cauce adecuado al efecto del número 7.º del citado artículo de la Ley Procesal, quedan inalteradas en este trámite casacional, y de ellas ha de resaltarse el pleno valor probatorio que concede a la certificación del Ayuntamiento de Algete obrante al folio 271 de los autos originales, resultando de dicha certificación, fechada el día 9 de enero de 1981, que la Urbanización denominada «Ciudad Santo Domingo» se encuentra situada a 14 kilómetros por carretera del casco urbano de Algete, no habiendo sido transmitidos formalmente (hasta la fecha) los viales de dicha Urbanización al Ayuntamiento, concretando la certificación «que la vigilancia, conservación y cuidado, así como los gastos producidos por la iluminación y los de cualquier otra especie relacionados con dichos viales, ni se llevan a cabo ni corren por cuenta de este Ayuntamiento de Algete».

2. Primordial elemento probatorio a los fines de la adecuada resolución de los temas que el recurso plantea, lo constituye también el contenido de la escritura pública de 30 de julio de 1971, autorizada por el Notario de Madrid don Enrique S. Arnau y Grau, bajo el número 4.133 de su protocolo, documento de reconocida autenticidad y en el que ambas partes litigantes fundamentan sus respectivas pretensiones, resultando de su contenido que la entidad actora, «Fomento Inmobiliario y Urbanización, S. A.», como dueña de la finca de 41 hectáreas, 95 áreas, 99 centiáreas y 72 decímetros cuadrados, lindante por todos sus vientos con parcelas del 1 al 878, ambas inclusive, que constituyen la Urbanización residencial «Ciudad Santo Domingo», establece sobre la misma, integrada, como asimismo se hace constar en la escritura «por los viales y zonas verdes de la Urbanización denominada Ciudad Santo Domingo, de acuerdo con el Plan Parcial de Ordenación Urbana, aprobado por la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Area Metropolitana de Madrid con fecha 31 de enero de 1968», una servidumbre de paso a favor de fincas de la demandada, «Urbanizadora Jarama, S. A.», en concreto, sobre la red viaria constituida por la avenida de Santo Domingo, incluido el puente sobre el río Guadalix, y avenida de Guadalix y del Monte, obligándose «el titular o titulares al predio dominante mancomunada y solidariamente a contribuir a los gastos de utilización, conservación, reparación y mejora de la parte de red viaria y sus servicios, sobre la que se constituye servidumbre de paso en la proporción que suponga la extensión de los predios dominantes en relación a la superficie total de la Urbanización Ciudad Santo Domingo».

3. La mercantil actora «Fomento Inmobiliario», amparándose en lo convenido en la escritura pública a que se ha hecho mérito en el fundamento de Derecho que antecede, ejercitó, frente a «Urbanizadora Jarama, Sociedad Anónima», acción resolutoria del contrato de constitución de la servidumbre, reclamando la indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento por parte de la entidad demandada de las obligaciones que le competían y cifrando el montante cuantitativo de tal indemnización en la cantidad de 26.601.824,27 pesetas, cantidad que se correspondía con la consignada en el hecho undécimo de la demanda, en que se establece liquidación de lo que le adeudaba, según su tesis, en razón a los gastos de conservación y demás que se habían originado por razón del uso de los viales durante cinco meses del año 1971 y las anualidades siguientes hasta el 31 de diciembre de 1979.

4. La sentencia recurrida, confirmando en parte la recaída en primer grado jurisdiccional, acoge también en parte las pretensiones de la demanda, decretando la resolución del contrato de constitución de la servidumbre de paso, declarando su extinción, y con la correspondiente constancia en el Registro de la Propiedad al propio tiempo condena a «Urbanizadora del Jarama, S. A.», a que abone a la actora la cantidad líquida que especifica, incrementada con la parte correspondiente al año 1974 hasta el 12 de julio, la primera de cuyas cantidades devengará el interés pactado a contar desde la fecha del requerimiento de pago, determinándose la segunda en ejecución de sentencia y devengando el mismo interés a contar desde el momento en que se haga la liquidación, pronunciamiento de condena que se fundamenta en lo que la resolución impugnada estima le corresponde abonar a la demandada, conforme a lo pactado, por los gastos originados por el uso y conservación de los viales durante el tiempo en que lo verificó, así como los intereses, igualmente pactados, en razón a la demora en el saldo de lo debido.

5. Frente a los pronunciamientos de la resolución impugnada, antes referidos, se alza el recurso interpuesto por la entidad demandada, «Urbanizadora del Jarama, S. A.», articulado a través de cinco motivos, deducidos todos ellos con amparo procesal en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su anterior redacción aplicable al caso, siendo denominador común que les sirve de fundamento el que constituye la alegación de que el contrato de constitución de la servidumbre de paso estaba viciado de nulidad radical o absoluta, que determinaba su inexistencia en razón a haberse establecido la servidumbre sobre viales de dominio y uso público pertenecientes al Ayuntamiento de Algete, cedidos con anterioridad a dicho Ayuntamiento por la mercantil actora, conforme al pertinente Plan de Ordenación Urbana. Mas como lo que aparece al respecto de las actuaciones originales, según pone de relieve la sentencia recurrida y consta de la certificación expedida por el Ayuntamiento, obrante al folio 290 de dichas actuaciones, es que el Presidente de la Sociedad actora, «Fomento Inmobiliario y Urbanización, S. A.», «se compromete» a ceder gratuitamente al Ayuntamiento la superficie de viales prevista en el Plan de Ordenación de «Ciudad Santo Domingo», y esta cesión aún no había operado formal ni materialmente el día 9 de enero de 1981, según acredita la certificación del propio Ayuntamiento unida al folio 271, certificación a que se ha hecho suficiente referencia, no subviniendo a los gastos de todo orden que el uso de los viales originaba, es obvio que la convención que es fundamento de la demanda no puede tacharse sin más de

inexistente o radicalmente nula y carente en absoluto de efectos para los intervinientes en la misma, al ser realidad incontestable que la entidad actora mantenía la posesión material de los viales de la Urbanización, haciendo frente a los gastos de toda índole que su uso ocasionaba, seguía figurando como titular de la finca por la que discurrían en el Registro de la Propiedad e incluso en uso de las facultades que en la escritura pública se le concedían, el día 12 de julio de 1974, ante el impago por la demandada de los gastos a que estaba obligada, cerró totalmente el acceso a dichos viales, todo ello sin oposición por parte del Ayuntamiento, lo que determina que, cuando menos, la obligación asumida por la demandada de contribuir a los gastos a que había de hacer frente la actora, en relación a los viales, haya de estimarse válida, sin que sea obstáculo para llegar a esta conclusión el ulterior destino al uso público cuando opera la cesión a favor del Ayuntamiento a que la actora se comprometió.

6. Lo argumentado determina el decaimiento de los cuatro primeros motivos del recurso, en los que haciéndose caso omiso de la realidad fáctica puesta de relieve por la sentencia recurrida, según resulta del material probatorio que ofrece lo instruido, se pretende por la entidad recurrente su absoluta exoneración de la obligación que contrajo de contribuir a los gastos que originara el uso y mantenimiento de los viales, así como postular se la devuelvan por la actora las cantidades que había entregado en razón al aprovechamiento por su parte del paso por los mismos, con olvido de que, de una parte, no hubo error que viciara el consentimiento prestado en la escritura pública que haga procedente la aplicación de la preceptiva contenida en el artículo 1.265 del Código Civil (motivo primero), puesto que en el «Antecedente» II de la referida escritura se hace constar que los viales y zonas verdes de la Urbanización denominada «Ciudad Santo Domingo» están de acuerdo con el Plan Parcial de Ordenación Urbana, aprobado por la Comisión de Planeamiento y Coordinación del Área Metropolitana de Madrid de fecha 31 de enero de 1968, y, de otra, porque, como ya ha sido denotado, la entidad actora mantenía la posesión de los viales sin que se hubiera producido tradición material o instrumental de los mismos a favor del Ayuntamiento de Algete, lo que también hace improcedente la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.271 del Código Civil (motivo segundo), y del artículo 6, número 3, del propio Cuerpo legal sustantivo (motivo cuarto), siendo de aplicación, por el contrario, el artículo 609 del Ordenamiento dicho (motivo tercero), aunque no en el sentido propugnado por la recurrente, sino referido al dominio que atribuye el Ayuntamiento sin tener en cuenta no había operado a favor del mismo la tradición de los viales.

F. C. L.

EMBARGO.—ANOTACION PREVENTIVA (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1986).

Reitera la doctrina tradicional conforme a los siguientes fundamentos de Derecho:

1. Son hechos fundamentales en el presente recurso: **Primero:** En procedimiento ejecutivo instado por el «Banco del Norte, S. A.», contra don

José María, se embargó un inmueble de este último, expidiéndose el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad para que tomara la correspondiente anotación preventiva, anotación que no llegó a practicarse porque devuelto el mandamiento para su liquidación tributaria, no se presentó de nuevo dentro del plazo de vigencia del asiento de presentación. Segundo: Dictada sentencia de remate, y una vez firme, se acordó su ejecución, expidiéndose por el Registro de la Propiedad, en cumplimiento del mandamiento judicial, la certificación de hipotecas, censos y gravámenes a que estaba afecto el bien embargado, extendiéndose en la misma fecha, 10 de febrero de 1978, al margen de la inscripción de la finca, la correspondiente nota haciendo constar la expedición de dicha certificación. Tercero: El 16 de marzo de 1979, el propietario don José María constituyó hipoteca en favor del Banco de Bilbao, Banco Guipuzcoano y Productos de Fábricas Metalúrgicas «SAPUM», en garantía de sus respectivos créditos sobre el citado inmueble. Cuarto: En el procedimiento de apremio, tras una primera subasta desierta y después de una suspensión de la segunda, se adjudicó la finca, el 7 de marzo de 1980, a don Santiago, que cedió el remate a don Carlos. Quinto: Por Auto de 2 de septiembre de 1980 se ordenó, entre otras, la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones verificadas después de la expedición de la certificación de cargas prevenida en el artículo 1.489 de la Ley Procesal, entre cuyas inscripciones posteriores figuraba la hipoteca indicada anteriormente. Sexto: Frente a dicha cancelación se interpuso demanda de mayor cuantía por los citados acreedores hipotecarios, Banco de Bilbao, Banco Guipuzcoano y «SAPUM», contra el Banco del Norte, S. A., don José María y su esposa, don Santiago y don Carlos, así como contra terceros interesados, en súplica de que se declare: a) la nulidad del auto del Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Sebastián en la parte que ordena la cancelación de las cargas del pabellón propiedad de don José María y esposa, y la expedición del mandamiento al Registro derivada de dicha resolución y así como la nulidad de las actuaciones posteriores; b) la nulidad del asiento de cancelación registral practicado en cumplimiento de dicho mandamiento, y, en consecuencia, que la hipoteca constituida a favor de los actores continúa subsistente, y c) declarar, finalmente, que el crédito de los repetidos demandantes es preferente y tiene prioridad de cobro, sobre los bienes hipotecados, al crédito actuado por el Banco del Norte en el indicado juicio ejecutivo. Se dictó sentencia por el Juzgado de Primera Instancia rechazando la demanda y absolviendo a los demandados, sentencia que fue confirmada en apelación por la resolución aquí impugnada.

2. Para el adecuado estudio del presente recurso, interpuesto únicamente por el «Banco Guipuzcoano, S. A.», se estima conveniente anticipar las siguientes consideraciones jurídicas: a) Pese a los términos en que se expresa el artículo 1.453 de la Ley Procesal («del embargo de bienes inmuebles se tomará anotación preventiva en el Registro de la Propiedad con arreglo a las disposiciones de la Ley Hipotecaria y Reglamento para su ejecución...»), y pese a lo que dispone el artículo 43 de dicha Ley Hipotecaria («... en el caso del número 2.º del mismo artículo [se refiere al 42], cuando se trate de juicio ejecutivo, será obligatoria la anotación...») y preceptos concordantes, es indudable que la existencia, y subsistencia, del embargo no está supeditada a su anotación en el Registro de la Propiedad, ello sin perjuicio de que la falta de constatación tabular, además de privar a la

traba de los efectos de la publicidad registral respecto a terceros, impida el nacimiento de un derecho de garantía similar al de hipoteca respecto a los actos dispositivos o de gravamen posteriores a su fecha. La falta, pues, de anotación ni priva de efectos al embargo ni impide la prosecución de la vía de apremio contra el inmueble embargado hasta la venta en pública subasta o la adjudicación al acreedor, y buena prueba de ello es que al no regir en nuestro ordenamiento el principio de inscripción constitutiva, es decir, al no ser la inscripción registral requisito indispensable para la constitución o transmisión de los derechos reales inmobiliarios, existen infinidad de fincas que no han tenido acceso al Registro y que, sin duda alguna, pueden ser objeto de embargo y posterior venta en pago del crédito garantizado con embargo, pese a que, por falta de previa inscripción, no puede anotarse la traba practicada. Por otra parte, el artículo 143, 2, del Reglamento Hipotecario da por supuesta la posibilidad del procedimiento de apremio sin la anotación del embargo. b) El contenido del Registro, que por aplicación del principio de fe pública registral y en aras de la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, se presume exacto e íntegro cuando concurren los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, está constituido no sólo por lo que resulta de los asientos de presentación, inscripción, anotación y cancelación, sino también, por lo que constatan las notas marginales consignadas en sus libros, y entre ellas por la que expresa el haberse extendido la certificación de cargas en el proceso de ejecución —nota que por disposición del artículo 143, 2, del Reglamento Hipotecario debe figurar al margen de la anotación de embargo practicada con arreglo al artículo 1.453 de la Ley Procesal, o, en su defecto, al margen de la correspondiente inscripción, lo que denota la sustantividad de la misma—, y que si bien, como se admite casi unánimemente, no tienen la virtualidad de producir el cierre del Registro respecto a actos de disposición o gravamen, ni, por tanto, excluye las facultades dispositivas del titular registral, exterioriza, sin embargo, la existencia de un procedimiento de apremio que impide que quienes con posterioridad a ella adquieran algún derecho sobre la finca, pueden ampararse en el indicado principio de fe pública al faltarles uno de los requisitos fundamentales exigidos por el indicado artículo 34, cual es el de la buena fe, buena fe que no se puede invocar frente al contenido registral. Debiendo tenerse en cuenta, además, que, a tenor de lo establecido en el artículo 131, 17, de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 175, 2.º, y 233 del Reglamento Hipotecario, la enajenación judicial de la finca embargada, cualquiera que sea el procedimiento de apremio seguido, lleva consigo la cancelación de todas las inscripciones y anotaciones de créditos o derechos no preferentes al del actor a instancia del que resulte dueño de la finca o derecho, con sólo presentar mandamiento ordenando la cancelación, y, sin excepción alguna, la cancelación de las practicadas con posterioridad a la extensión de la nota marginal de haberse expedido la certificación de cargas, sin que respecto de estas últimas, a diferencia de las extendidas con anterioridad, sea necesario practicar notificación alguna a sus titulares dándoles a conocer la existencia del apremio por si les interesa intervenir en la subasta o satisfacer antes del remate el importe del crédito, intereses y costas, en cuanto dicha nota exterioriza tal proceso de ejecución en curso.

3. Lo expuesto anteriormente lleva aparejada la desestimación del primer motivo del recurso, amparado en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la

Ley Procesal, anterior a la reforma y en el que se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 38, 2, de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 37 del mismo Cuerpo legal, y en el que se razona que por vía de un procedimiento ejecutivo, en el que el titular de un derecho real no es parte, no puede ordenarse cancelación alguna del mismo sin que se entable previamente demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, con audiencia del titular afectado y por las causas del artículo 37 de la misma Ley Hipotecaria; argumentación inaceptable en cuanto: a) la exigencia de entablar previamente o a la vez que la acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos, la acción de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, es una emanación del principio de legitimación registral proclamado en el párrafo 1.º del indicado artículo 38, es decir, de la presunción de que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, y de cuya presunción *iuris tantum* de exactitud no puede prevalecerse quién conoció o debió conocer, por publicarlo el Registro, la existencia del procedimiento de apremio, y b) según lo expuesto anteriormente, la cancelación de las inscripciones y anotaciones posteriores a la nota marginal se produce por imperativo legal, y ello sin necesidad de que el titular del derecho en ellas constatado sea notificado o vencido en juicio y sin perjuicio, claro es, de la posibilidad de haber intervenido en la ejecución a los efectos señalados.

4. La misma suerte desestimatoria debe acompañar al segundo motivo, apoyado en el mismo ordinal y en que se acusa la aplicación indebida de la doctrina legal contenida en las Sentencias de esta Sala de 27 de septiembre de 1967, 16 de mayo de 1969 y 3 de noviembre de 1982, pues frente a la tesis mantenida en el motivo, y como se acaba de exponer, ni es indispensable la anotación de embargo en el Registro para seguir el procedimiento de apremio, ni pueden desconocerse los efectos de la publicidad registral que el contenido de la nota proclama, ni, en suma, puede alegar buena fe quien hace caso omiso de lo que al tiempo de adquirir su derecho constaba en los asientos del Registro.

5. Igualmente decae el último motivo, amparado en el ordinal 3.º de la Ley Procesal, por no contener la sentencia recurrida pronunciamiento alguno sobre la pretensión de que se declarase que el crédito hipotecario de los actores era preferente y gozaba de prioridad de cobro sobre los bienes hipotecados respecto del crédito actuado por el Banco del Norte en los autos del juicio ejecutivo, pues si el recurso de casación sólo se da contra el fallo en el que se concreta la decisión jurisdiccional y si las sentencias que absuelven de la demanda, según reiterada doctrina de esta Sala, no pueden tacharse de incongruentes siempre que respeten la causa de pedir, es indudable que no puede apreciarse la incongruencia que se denuncia en cuanto la sentencia absuelve a los demandados de todas las pretensiones de la demanda; pero es que, además, si se desestima el recurso en cuanto al pedimento anulatorio de las actuaciones practicadas en la vía de apremio del juicio ejecutivo, es manifiesto que ninguna preferencia puede invocar la recurrente, apoyada en una inscripción de hipoteca cancelada, cancelación que subsiste al haberse rechazado los anteriores motivos dirigidos a obtener su nulidad.

F. C. L.

FOROS. CUALIDAD DE FORERO (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1986).

Para determinarla no es esencial el pago de la pensión.

Discutido si el carácter de forero —y, por tanto, adquirente de la propiedad plena de la finca al redimirse el foro— correspondía a las personas físicas que llevaban las fincas aforadas y pagaban materialmente la pensión en especie o a la Entidad local que las reunía y entregaba al forista, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, confirma la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, confirmatoria en cuanto al fondo de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de León, que había reconocido tal cualidad en la Entidad local, según los siguientes fundamentos de Derecho.

1. Los motivos por error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos auténticos (o sea, los motivos 1 a 6) deben ser desestimados con sólo advertir que, apoyados en la prueba documental aportada con el escrito de la demanda, todos los documentos que se citan fueron valorados en su eficacia probatoria por la Audiencia, con lo que decaen de la condición de auténticos, según la reiteradísima jurisprudencia de esta Sala aplicativa del antiguo número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Este precepto, hoy derogado, pero vigente cuando el recurso se interpuso, y que debe ser aplicado en la presente sentencia por así disponerlo la transitoria primera, no excepcionada por las siguientes, de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente y parcial de la de Enjuiciamiento Civil, previene que «las actuaciones promovidas antes de la entrada en vigor de esta ley de reforma, continuarán sustanciándose por las normas vigentes al tiempo de su iniciación», por lo cual el grupo o familia de motivos que se considera no puede escapar a la inteligencia que el cauce de amparo escogido mereció de la jurisprudencia, la cual, en sentencias tan numerosas que es ocioso citarlas, entendió que «documento auténtico» es aquel que ha sido preterido y olvidado, y no lo son, por tanto, aquellos documentos básicos de la demanda, que el juzgador de la instancia tuvo a la vista, ponderó y valoró, adecuadamente o no, sin que pueda servir de pretexto para traer a la consideración de esta Sala todo el material probatorio, convirtiéndola en una tercera instancia. El juzgador de la instancia, por el examen de los documentos aportados principalmente, sienta la conclusión fáctica, clave del fallo desestimatorio, de que el titular del dominio útil del foro cuestionado era el Concejo de Villómar en tanto que entidad local y no los vecinos individualizados, entre ellos la parte actora, que pretendan serlo y que no figuran como tales foreros en ninguno de los documentos. Frente a esa lectura e inteligencia el presente recurso, en los seis motivos en examen, comenta los diferentes documentos para sentar la contraria conclusión de que los foreros eran los vecinos concretos que en cada momento eran llevadores de las fincas gravadas con el foro o poseedores de las mismas y en tal concepto obligados al pago de la pensión foral. Se trata, en suma, de una interpretación del contenido de esos documentos opuesta a la que merecieron a la Audiencia, no siendo la de ésta absurda ni ilógica, y antes bien merece ser asumida por esta Sala, luego de haber efectuado un pormenorizado examen de cada uno de los documentos que se citan y comentan a lo largo de los 32 folios que se aplican a ese objeto. A) Debe, en efecto, conceptuarse, a los fines del

presente recurso, que la finca sobre la que estaba constituido el foro es un bien perteneciente al Común de Vecinos de la Entidad Local Menor de Villómar, del municipio de Mansilla de las Mulas, provincia de León, a partir precisamente de dichos antecedentes documentales y, en particular, de las actas de la Junta Vecinal, principalmente la de 1 de marzo de 1929, con la que se abre el Libro de Actas autorizado por la Administración de Rentas Públicas de la provincia de León. Al acordarse por los quiñoneros la redención de foro a su costa, configuran antecedente un régimen de aprovechamiento consuetudinario definido por rasgos tan caracterizadores como son los de no contraer, frente al forista, una obligación *iure proprio*, ya que los entonces firmantes (entre los cuales, por cierto, no aparece el causante del hoy actor, que no alcanzó la condición de quiñonero hasta el año 1946, como luego se verá) comprometen únicamente y responden con sólo (1.º) «la parte y proporción que les corresponde de dichos quiñones, como asimismo con los frutos sembrados en las tierras que los constituyen, siempre afectas a las obligaciones que pudieran derivarse tanto del pacto como del empréstito, obligándose igualmente al pago de la parte alícuota que a cada uno pudiera corresponder bajo pena de ser declarado vacante el quiñón respectivo si no lo verifica, en cuyo caso la Junta Vecinal dispondrá la nueva provisión de las vacantes que por tal concepto ocurran, las cuales deberán adjudicarse al vecino más antiguo que carezca de él con su casa abierta al tiempo que marca la Ley». En el pacto 2.º se comprometen los firmantes «a no disponer ni enajenar ninguna finca que a ellos pertenezca hasta no haberse realizado el completo pago del importe de la redención y demás gastos que ello ocasione»; pero responsabilidad ilimitada, por el capital del foro o del préstamo para redimirlo, no aparece en la documentación incorporada hasta la fecha, más próxima, del documento de reconocimiento de préstamo y deuda de 4 de diciembre de 1945 (que tampoco aparece suscrito por el causante del actor). Se establece en 1929, además, que será declarado vacante el quiñón del vecino que cambie de residencia. A la calificación de comunales no son obstáculo impeditivo determinante esas peculiaridades consuetudinarias, que hallan acogida en el número 2 del artículo 192 de la Ley de Régimen Local, texto articulado y refundido de las Leyes de Bases de Régimen Local de 17 de julio de 1945 y 3 de diciembre de 1953, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955, y el correlativo artículo 71 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955, preceptiva que continúa al artículo 94 del vigente, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio. Tampoco es insuperable el abono de cierta «renta» por los «quiñoneros» a la Junta, ni la sujeción a la Contribución Territorial, ni, finalmente, la Resolución emanada por el Servicio de Concentración Parcelaria el 23 de noviembre de 1971, por la que se declararon bienes patrimoniales de propios las fincas de reemplazo, ya que el alterar la calificación jurídica de los bienes de las Entidades locales precisaba expediente en el que se demostrara la conveniencia del cambio de afectación, fuera de los otros eventos en que no era necesario, conforme al artículo 8 del Reglamento de Bienes de 1955. Lo que, en definitiva, se pretende es extraer del patrimonio municipal las fincas de reemplazo de la de 240 hectáreas que estuvo sujeta al foro redimido. Ciertamente que la redención se efectuó con capital que, al parecer, fue suministrado por los «quiñoneros» y no por el ente local titular del dominio útil antes de la redención del foro y ahora del dominio pleno; pero esa anomalía, cualesquiera sean sus consecuencias,

no es bastante para producir en el plano jurídico la transmisión del dominio desde la entidad a los «quiñoneros» o sus habientes-derecho. B) La contribución del causante del actor a la redención del foro queda alegada en el escrito de la demanda con referencia a la documentación aportada con la misma. Para el pago del capital que hubo de efectuarse al forista y que fue el de 18.750 pesetas, se obtuvo un préstamo del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de León por importe de 20.500 pesetas, de las cuales se adeudaban en 4 de diciembre de 1945 las últimas 10.000. En esta fecha todavía no era adjudicatario el causante del actor, quien no accedió a la condición de «quiñonero» hasta adjudicársele el 5 de marzo de 1946 uno de los tres quiñones vacantes sobre el total de 34. Por tanto, la contribución dineraria a la redención hay que referirla al pago, junto con los demás interesados, de ese resto del préstamo, que fue cancelado, junto con sus intereses, a finales del año 1947. Según la tesis del actor (principalmente en los folios 227 y 233 y vuelta del 238 de la demanda) quedó entonces resuelto el punto debatido y que constituye el fondo del juicio, o sea, la titularidad de los quiñones, fincas de hasta siete hectáreas cada una de las 240 aproximadamente que eran objeto del foro; propietario de cada uno de los quiñones era aquel que después de habérsele adjudicado por la Junta Vecinal, había pagado su parte en el resto del préstamo e intereses al mismo correspondientes y había cumplido su obligación hasta quedar totalmente pagado dicho préstamo, aunque fuera en la exigua cantidad que desprenden las cifras que se dejan consignadas y que no sólo son datos fácticos aceptados, sino expresamente invocados en el lugar señalado del escrito de la demanda, según el cual, por el cauce indicado y con los antecedentes consignados, «queda claro, en suma, que propietario de un quiñón fue el señor padre de mi principal, don Elfidio Alvares Romero, por haber sido adjudicatario y haber cumplido hasta el final con su obligación, es decir, su contraprestación de pagar préstamo e intereses hasta quedar completamente cancelado» (227). El motivo 3.º, hacia el final, y el motivo 5.º del recurso, por error de hecho, insisten en tal alegación.

2. Los restantes motivos, si bien se mira, penden de la estimación de los ya desechados, pues todos ellos arrancan de considerar que los foreros eran las personas físicas que disfrutaban de los terrenos y no la entidad local interpuesta. Los motivos por infracción de ley que discurren por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 reposan, y así lo reconoce expresamente el motivo séptimo, primero de los motivos de ese contenido, «sobre la amplia base derivada de lo expuesto al articular el motivo primero del presente recurso de casación en el sentido de haber puesto de manifiesto que el juzgador, a juicio de este recurrente, padeció un error fáctico consistente en apreciar que de determinados documentos se deducía que la condición de forero recaía en el Concejo de Villómar, cuando en realidad no era así, pues la apreciación correcta hubiera sido la de entender que los foreros fueron los llevadores de las fincas gravadas, poseedores de las mismas y pagadores de la pensión foral». Efectivamente, como dice la exposición de este motivo séptimo, los errores jurídicos que se denuncian, y en particular, el que constituye el tema de dicho motivo séptimo, son otros tantos errores jurídicos estrechamente vinculados al fáctico de la identidad de los foreros, el Concejo o entidad local de Villómar, según el juzgador de la instancia, y las personas físicas que en cada momento disfrutaban las fincas, según la tesis del recurso, que se quiere hacer prevalecer sobre la más objetiva del juzgador.

3. El particularizado examen de cada uno de estos motivos convence de lo que se deja dicho en el fundamento precedente. Ciertamente, el artículo 7.º del Reglamento dictado para la ejecución del Real Decreto-ley de 25 de junio de 1926, aprobado por Real Decreto de 23 de agosto de 1926, define la condición de «forero», «foratario» o «llevador», como equivalente «a las de pagador o dueño del dominio útil». Pero aparte el rango reglamentario de la disposición invocada, que carece por ello del de ley, indispensable para servir de base a un recurso por infracción de ley, y aparte también que dicho precepto se reduce a precisiones terminológicas, lo que decisivamente conduce en derecho a la desestimación del motivo, es que, como ya se adelantó, para articular un recurso por infracción de ley no es lícito seguir «el método consistente en investigar, a través de lo actuado, quiénes fueron realmente los poseedores y llevadores de las fincas aforadas y quiénes estaban obligados al pago de la pensión foral, y la pagaban», ni cabe valerse al efecto «de la documentación aportada a los autos» para, en definitiva, desembocar en que «hay unos vecinos concretos llevadores de las fincas, poseedores de las mismas y que las disfrutaban, llamados quiñoneros, que eran los pagadores de la pensión foral, porque eran los obligados a dicho pago y los que efectivamente soportaban la carga que suponía aportar las 64 fanegas de centeno anuales para entregárselas al forista». Tal aseveración es contraria a la sentada por la Audiencia de que el pago al forista o aforante, como perceptor del impuesto, no se efectúa directamente por los quiñoneros, sino que siempre se interponía entre aquél y éstos el ente local, aunque ello ocurriera sin «que de sus arcas saliera cantidad alguna, ni en efectivo ni en especie, para pagar la pensión foral al forista», ya que «se limitaba a recoger de los llevadores de las fincas las 64 fanegas de centeno anuales que constituía la pensión foral para, una vez recogida la totalidad, trasladarla al forista». Con estas aseveraciones, por otra parte, se está aceptando la tesis de la Audiencia de que el ente local mediaba entre el forista o aforante y los quiñoneros, papel al que asigna la Audiencia la titularidad de «forero», «foratario» o «llevador» siquiera la especie con que se efectuaba el pago se obtuviese de los quiñoneros, privados, sin embargo, de relación directa alguna con el perceptor.

4. El motivo octavo denuncia supuesta infracción de los artículos 5 y 8 del Real Decreto-ley de 25 de junio de 1926, según los cuales la redención de los foros se hará por los llevadores, a quienes compete exclusivamente el derecho a redimir dicha carga y las demás determinadas en los artículos anteriores, y se relaciona estrechamente con el motivo segundo por error de hecho consistente en haber desconocido la sentencia que quienes realmente redimieron el foro de Villómar fueron los vecinos concretos que eran llevadores o poseedores de las fincas gravadas, quienes prepararon e instaron la redención, se obligaron a pagar y pagaron. En «perfecta sincronización con el motivo segundo» (dice el motivo) se examina este aspecto, dentro del motivo octavo en estudio, «desde el plano jurídico puro». Sin embargo, no existe la «sincronización» que se dice entre el tema del motivo segundo y el que es propio de este octavo. En aquel motivo se combatía «otra afirmación fáctica, decisiva para el fallo, «cual era la identidad del llevador del foro que efectuó la redención, y sobre ello la sentencia tiene afirmado que concurrieron como foreros «el presidente y vocales de la Junta Vecinal de Villómar, lo que nos vuelve a indicar» (añade) «que la condición de forero la tenía la Junta Vecinal

de Villómar y no vecinos concretos de dicho pueblo», esto es, afirma inequívocamente que la redención la hizo la Junta Vecinal y no las personas físicas o «quiñoneros» en aquel tiempo. El motivo octavo, ahora en estudio, pende, pues, de aquel motivo segundo, que fue repelido al no aceptarse el error de hecho en la apreciación de la prueba, el cual conducía a la afirmación contraria de haberse efectuado la redención por los «quiñoneros». La repulsa de aquel motivo segundo arrastra inexcusablemente la de éste, que razona sobre la base, inexistente, de haber efectuado directamente los «quiñoneros», desde fuera del ente, la redención que el juzgador de la instancia atribuye a la Junta Vecinal de éste.

5. El motivo noveno alega infracción de los artículos 183, 187 y 188 de la Ley de Régimen Local, texto refundido de 24 de junio de 1955. Los artículos invocados, sin embargo, proceden del texto articulado aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950 y han regido ininterrumpidamente hasta su derogación por la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, vigente en el texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 781/1986, de 18 de abril, desarrollado en cuanto a bienes de las Entidades Locales, según el ya citado Reglamento aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio. Tanto los preceptos invocados por el motivo, de dudosa aplicación temporal, como los antecedentes que cabría buscarles en los que anteriormente rigieron los bienes del Común de Vecinos (Ley de 2 de octubre de 1877, Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924, Ley de 31 de octubre de 1935), todos entienden que los bienes de esa clase pertenecen en titularidad al ente local y en aprovechamiento únicamente a los vecinos, con exclusión de quienes no lo sean, siendo de propiedad privada (hasta el Reglamento de 1986) por cuanto su finalidad no es otra que el beneficio particular de los vecinos. Todas las particularidades que la documentación examinada ofrece caracterizan el foro de Villómar como bien común de los vecinos del lugar, a quienes corresponde su disfrute con exclusión de otros y precisamente desde su condición de vecinos y en calidad de tales vecinos y habitantes de Villómar, siendo el elemento personal o sujeto titular antes del dominio útil y ahora del dominio pleno, la asociación de los vecinos o conjunto del vecindario, expresados y jurídicamente representados por el ente local. No se advierte la intrínseca repugnancia que, según el motivo, ofrece el derecho real de foro para que la titularidad del dominio útil del mismo correspondiese al ente local, que es lo que, en sustancia, alega este reiterativo motivo noveno, que, además, supone aplicados dichos preceptos cuando en lugar alguno son citados ni invocados en ninguna de las dos sentencias recaídas en la instancia. El motivo se adelanta a reconocerlo así y argumenta sobre la base de que la Audiencia, «aunque no cite preceptos, sí tuvo que tenerlos en cuenta y aplicarlos para emitir el fallo».

6. El fundamento del fallo de la Audiencia no está constituido, según así lo afirma el motivo décimo del recurso, por la declaración emanada del Servicio de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural, que, efectivamente, no era órgano competente para pronunciarse sobre la titularidad del derecho real de foro ni de otro alguno de naturaleza civil, lo que reconoce expresamente el artículo 67 de la Ley de Concentración Parcelaria, texto refundido aprobado por Decreto 2799/1962, de 8 de noviembre, que es ahora el número 1 del artículo 232 del texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero. La Audiencia acepta y da por reproducidos los fundamentos de la sentencia

del Juzgado, según así expresamente lo manifiesta en el primero de sus considerandos; y, en el primer grado, la desestimación de la demanda es consecuencia de la conclusión de que se está ante un bien comunal del vecindario, que se alcanza por el examen de la prueba, principalmente documental, aportada al juicio, sin mencionarse para nada la declaración administrativa combatida por este motivo décimo, que, por tanto, y al no haber servido de fundamento al fallo contra el cual se dirige el recurso, ha de seguir la misma suerte que los precedentes.

7. El motivo undécimo olvida que los bienes comunales (clase a la que originariamente pertenecían los terrenos litigiosos sujetos al derecho real de foro) se hallan sometidos a un régimen jurídico que los declara inalienables, imprescriptibles e inembargables, equiparándolos en ese aspecto a los de dominio público, carácter que les atribuye ahora expresamente el número 3 del artículo 2 y el artículo 5 del Reglamento de 1986. El derecho de propiedad que el demandante invoca radica en la herencia de su padre y el título de adquisición por el causante es (siempre según el motivo) «un negocio jurídico complejo de formación sucesiva en el tiempo, a través de actos concatenados y dirigidos a un mismo fin: La adjudicación final de la propiedad a quienes correspondía». Estos «actos concatenados» son el acta de 1 de marzo de 1929, momento en que los quiñoneros se ponen de acuerdo para redimir; el segundo acto es el auto de redención del foro, de 7 de abril de 1930; el tercer acto «fue el de 5 de marzo de 1946, en el que se acordó adjudicar un quiñón vacante al señor padre de mi representado (continúa el recurso), don Elfidio Alvares Romero», y el cuarto y último acto, el acuerdo de 10 de diciembre de 1947, «en que se constata que se procedió a la cobranza íntegra total de la deuda o préstamo que quedaba aún pendiente, desde el año 1929, con el Monte de Piedad y Caja de Ahorros de León». Aunque este título de dominio no pertenece a los típicos regulados por las leyes, el recurso entiende que, según el artículo 1.255 del Código Civil, no existe en nuestro Ordenamiento un *numerus clausus* para la celebración de negocios jurídicos por los que los particulares regulen sus intereses prácticos y efectos, siguiéndose que, en el presente caso, los particulares interesados celebraron un negocio jurídico básico el 1 de marzo de 1929, para llevar a cabo la redención, que habría de desembocar en la adjudicación en plena propiedad. La tradición (siempre a juicio del motivo) se cumplió luego que el padre del actor fue puesto en posesión de su quiñón en concepto de propietario sujeto a condición resolutoria desde el 5 de marzo de 1946 hasta finales de 1947, y libre ya de la condición resolutoria desde finales de 1947 por haberse terminado de amortizar el préstamo. A esta argumentación ha de oponérsele que aun en la suposición de que la redención se efectuase pagando los vecinos la totalidad de las 18.750 pesetas, que fue el capital por el cual se efectuó la redención, y ello sin contribución alguna de la entidad local, municipio o entidad menor, ni siquiera en esa favorable tesis podría ahora alegarse con éxito la titularidad de los terrenos controvertidos constituidos por el quiñón adjudicado y que, desde su carácter de bien del Común de Vecinos ha sido siempre, como se deja recordado, absolutamente inalienable, además de imprescriptible e inembargable, o sujeta la disposición a normas aquí no observadas, permaneciendo, por tanto, ininterrumpidamente en el dominio de la entidad local, en el que continúa. En la línea argumental del actor, si el pago se hubiera completado el mismo año 1929, los quiñoneros que hubieran accedido a la propiedad hubieren sido aquellos que

firmaron el acta básica de 1 de marzo de 1929, con exclusión de los demás vecinos, entre ellos, si lo era, el causante del actor, o si se hubiera ultimado en 1945, cuando aún se adeudaban 10.000 pesetas del préstamo, quienes suscriben el compromiso solidario del documento de 4 de diciembre de ese año, entre quienes no figura el repetido causante y con igual exclusión. No consta quiénes, de los anteriores quiñoneros comprendidos entre 1929 y 1945, satisficieron la parte del préstamo ya devuelta en esta última fecha a la Caja, sin que se explique por qué no habrían de acceder al dominio al estar en igual caso que el causante del actor, ni por qué, en términos más generales, ha de hacerse coincidir la adquisición del dominio con la condición de quiñonero que concluye el pago y no con la de quiñonero que contribuyó en algún momento (aunque luego dejara de serlo, antes de completarse el pago) a devolver el capital del préstamo. Se olvida, finalmente, que el proceso de adquisición del «quiñón», según se tiene alegado, no era un «negocio entre particulares». La Junta Vecinal actuó en todo momento bajo el control de la jurisdicción contencioso-administrativa a la cual recurrieron, en 1953, la vecina Agripina Nistal Martínez (folio 14 bis del juicio) y, más recientemente, y en igual concepto de vecina, Avelina Burón Cembranos, quien obtuvo a su favor la Sentencia de la Audiencia de Valladolid de 25 de abril de 1972 (folios 256 a 261 y 343 a 347), emanada a partir de ser comunales los terrenos litigiosos, en lo que también abundó la Administración (informe del Servicio Nacional de Inspección y Asesoramiento de las Corporaciones Locales, a solicitud de la entidad local menor de Villómar, folios 262 y siguientes, de 23 de septiembre de 1968).

F. C. L.

ZONA MARITIMO-TERRESTRE.—CARACTERÍSTICAS Y REGIMEN (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Luis Albacar López, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de Valencia, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valencia, conforme a las siguientes declaraciones:

1. Promovida por don Andrés Climent Morant ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valencia demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra don Salvador Torregrosa Morant y su esposa doña Milagros Segura Segura, que comparecieron en tiempo y forma; interponiendo reconvenición doña Vicenta María Salou Cort, asistida de su esposo don Vicente Borigues Romero, éstos en rebeldía, y contra el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Cuarta Jefatura Regional de Cortes y Puertos de Levante, que comparecido a través del Abogado del Estado, se conformó con parte de los pedimentos de la demanda, formulando respecto de los restantes excepción de falta de legitimación pasiva por no afectar al Estado; con fecha 22 de noviembre de 1983 recayó sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia, en la que, revocando en parte la

dictada por el referido Juzgado el 28 de mayo de 1982, absolvía de la demanda a los demandados primeramente citados, estimaba respecto del Estado la excepción de falta de legitimación pasiva y, finalmente, desestimaba la reconvencción por falta de litisconsorcio pasivo necesario, sentencia contra la que se formuló por el actor el presente recurso de casación por infracción de ley, y que habrá que entender referido únicamente a la absolución que en la misma se produce de los demandados particulares, quedando firme, por no haber sido recurrido, tanto el extremo motivo a la estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva del Estado como el que alude a la desestimación de la reconvencción por falta de litisconsorcio pasivo necesario.

2. El primero de los motivos del recurso se formula al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de ley por violación del artículo 339 del Código Civil y de la doctrina legal establecida en las sentencias del Tribunal Supremo que en el mismo se citan, alegándose en el cuerpo del mismo que la resolución recurrida no tuvo en cuenta que la finca litigiosa tiene el carácter de bien de dominio público por estar incluida en la zona marítimo-terrestre, motivo éste que deberá prosperar en atención a las siguientes razones: Primera: Que en torno a la aludida zona marítimo-terrestre es doctrina de esta Sala la que se concreta, entre otras, en las siguientes declaraciones: A) Que entre los bienes de dominio público enumerados en el artículo 339 del Código Civil, se encuentran no sólo las playas, a que expresamente alude el precepto, y las riberas del mar, según la Ley Tercera, título XXVIII, de la Partida III, y artículo 1, número 1.º, de la Ley de 26 de abril de 1969, sino también el litoral, *litorum quoque usus publicus juris gentium est* (Ley Quinta, título I, libro II de la Instituta), y zona marítimo-terrestre, que, de acuerdo con lo que se expresa en el número 2.º del artículo 1 de la Ley de 1969, citada, y los artículos 1 de la de 7 de mayo de 1880 y 1 de la de 19 de enero de 1928, comprende el espacio de las cosas o fronteras marítimas del territorio español que bañe el mar en su flujo y reflujo, donde sean sensibles las mareas, y las mayores olas en los temporales, donde no lo sean, sin perjuicio de los derechos de los particulares, siempre que sean ellos, y no el Estado, quienes así lo acrediten (Sentencia de 28 de noviembre de 1963), y como para ello se requiere que tales bienes cuyo uso es público (art. 12 de la Ley de 1880) hayan sido desafectados por el Ministerio de Hacienda del mismo o del servicio a que estuviesen destinadas (art. 20 de la Ley de 15 de abril de 1964), y que su alienabilidad haya sido objeto de una autorización previa (art. 61 de la misma Ley) o, al menos, que hubiesen pasado al dominio de los particulares con anterioridad a las disposiciones antes sancionadas (Sentencia de 7 de mayo de 1975). B) Que si bien es cierto que para que los contratos gocen de eficacia jurídica es imprescindible la existencia de un objeto cierto que constituya su materia (art. 1.261, número 2), el cual habrá de estar dentro del comercio de los hombres (art. 1.271, párrafo 1.º), cualidad de que se hallan excluidas las zonas marítimo-terrestres por pertenecer al dominio público (arts. 339 del Código Civil, 1 de la Ley de 7 de mayo de 1880, 1 de la de 19 de enero de 1928 y 1, números 1 y 2, de la de 26 de abril de 1969), y que, en virtud del aforismo: *Nemo dat quod non habet*, el vendedor no puede transmitir el dominio de las fincas que no le pertenezcan (Sentencias de 27 de diciembre de 1930 y 2 y 20 de octubre de 1954), o de las que, como las acabadas de indicar, sean legalmente inalienables (art. 5, párrafo 1.º, de la Ley de 7 de marzo de

1940), no menos exacto es que, respecto a las últimas, la prohibición subsiste mientras los interesados no demuestren lo contrario (Sentencia de 28 de noviembre de 1973), como sucede cuando los bienes de que se trata hubieran sido desafectados por el Ministerio de Hacienda del uso o servicio público a que originariamente estuvieran destinados (art. 20 de la Ley de 15 de abril de 1964), permitiéndose su alienabilidad mediante una autorización previa (art. 61 de dicha Ley) o cuando, por lo menos, después de pertenecer al Estado, hubieran pasado al dominio de los particulares con anterioridad a las disposiciones antes mencionadas (Sentencia de 5 de marzo de 1975). C) Que si en el Derecho de Roma, el *Corpus Iuris Civilis* estableció una clara distinción entre las cosas de uso público, es decir, las que sirven para el uso del público (*res quae sunt in usu publico*), y las cosas que están en el caudal del pueblo o en el patrimonio del Fisco (*res pecunia populi*; *res in patrimonio fisci*), figurando entre las primeras el agua y el aire, el mar y el litoral del mar, considerándolas *res nullius*, *res communes omnium* y *res publicae iuris gentium*, y proclamándolas insusceptibles de apropiación, con las características de «uso público», y sometidiéndolas a *ius is gentium*, que las colocaba lejos al régimen de la tutela pública (*Digesto*, 43, 8, 3), con admisión de apropiaciones singulares de parcelas afectadas a tal uso público solamente cuando existiese Decreto del Pretor que lo autorizase (*Digesto*, 41, 1, 50), lo que fue consagrado en las Instituciones del Emperador Justiniano (libro II, título I, 5), y ese sistema fue recibido por nuestro Derecho histórico, a medio de las Leyes 3.ª y 4.ª del título XXVIII de la Partida III, permaneciendo hasta el siglo XIX, al que se llega con una tradición según la cual el litoral o ribera del mar aparece excluido de toda propiedad privada, sin poder ser objeto de ningún aprovechamiento particular que perturbe o impida el uso general, de tal modo que el aprovechamiento del litoral exigiese previa licencia del Príncipe, con reflejo y desarrollo de estos principios en el Proyecto del Código Civil de 1851, cristalización de la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866, Leyes de Puertos de 7 de mayo de 1880 y 19 de enero de 1928, Ley de Costas de 26 de abril de 1969 y número 1.º del artículo 339 del vigente Código Civil, no obstante el aspecto de demanialidad de la zona marítimo-terrestre, con el efecto al mismo inmanente de inenajenabilidad e imprescriptibilidad, en su interpretación característica de concreto espacio de las costas o fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo y refluo, en donde son sensibles las mareas, y las mayores olas de los temporales, en donde no lo sean, con proyección incluso a las márgenes de los ríos hasta el sitio en que sean navegables o se hagan sensibles a las mareas, tiene su génesis, de tal manera específica, en la Ley de 7 de mayo de 1880, por lo que con anterioridad a ella venía posibilitada la atribución de dominio, en favor de particulares, sobre terrenos posteriormente integrados en lo que pasó a configurar tal zona marítimo-terrestre legalmente instaurada, siempre que el acto originador de tal atribución se hubiese producido antes de dicha Ley de 7 de mayo de 1880, como ya tiene reconocido esta Sala en Sentencia de 1 de diciembre de 1966 (Sentencia de 14 de noviembre de 1977). D) Que es doctrina jurisprudencial de esta Sala, mantenida en la Sentencia de 19 de diciembre de 1977, en la que se reproducen las de 3 de junio de 1974, 7 de mayo de 1975 y 23 de abril de 1976, la que viene a establecer: a) Que los terrenos comprendidos en la zona marítimo-terrestre se califican como de bienes de dominio público, correspondiendo al particular que se oponga a la pretensión del Estado de reivindicarlos probar los

hechos obstativos a la misma o, en su caso, los derechos que sobre los mismos aduzcan. *b)* Que la pretensión obstativa del particular sólo puede prosperar si se demuestra la desafectación de los bienes o que su alienabilidad ha sido autorizada o que el terreno ha pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puertos de 1880. *c)* Que el particular que se oponga a los efectos y consecuencias que determina que los terrenos enclavados en tal zona pertenecen al dominio público, «deben probar inexcusablemente, bien su cambio de destino, bien su desafectación por un acto de soberanía». *d)* Que estos hechos obstativos no se pueden fundar en la simple inscripción registral de la finca, pues tales bienes están fuera del comercio de los hombres, son inalienables e imprescriptibles y llevan en su peculiar destino la propia garantía de inatacabilidad e inmunidad, habiendo especificado la Sentencia de 26 de abril de 1969 que los derechos legalmente adquiridos a los que la Ley de Costas se refiere no son los que provienen de un título de dominio o inscripción tabular o de una posesión más o menos dilatada, por cuanto necesitan de un acto de soberanía para producir la entrada en el comercio de los hombres, concretamente la desafectación o el cambio de destino, a partir de cuyo momento dejan de pertenecer al dominio público para entrar en el comercio humano (Sentencia de 23 de junio de 1981). *E)* Que el artículo 339, número 1.º, del Código Civil atribuye la condición de bienes de dominio público a las riberas, playas y radas, formulación legislativa que permite hablar de una natural afectación de esos bienes al dominio por su interés y uso público, con las tradicionales notas definitorias de su inalienabilidad (Sentencias de 11 de diciembre de 1980 y 11 de junio de 1985), inembargabilidad (arts. 15 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado y 18 de la de Patrimonio) e imprescriptibilidad, por hallarse fuera del comercio (art. 1.936 del Código Civil), según proclama en locución categórica el artículo 132, párrafo 1.º, de la Constitución de 1978; y si bien una jurisprudencia reiterada, de la que son exponentes las Sentencias de 2 de febrero de 1974, 23 de junio y 13 de octubre de 1981, 9 de junio de 1982 y 11 de junio y 4 de julio de 1985, entre otras, admite la existencia de enclaves de propiedad privada en la zona marítimo-terrestre cuando hayan sido adquiridos válidamente antes de la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1980, a la que siguen en este punto la de 19 de enero de 1928 (art. 1.º) y la Ley de Costas de 26 de abril de 1969 (art. 4.º principalmente); la fuerte presunción en pro del dominio nacional requiere para ser destruida una rigurosa demostración en contrario (Sentencias de 3 de junio de 1974, 7 de mayo de 1975 y 19 de diciembre de 1977), rigor que habrá de acentuarse después de la vigencia de la Ley Fundamental, cuyo artículo 132, ya citado, en su párrafo 2.º, conceptúa «en todo caso» como bien de dominio público la zona marítimo-terrestre (Sentencia de 6 de octubre de 1986). Segunda: Que en lo que se refiere a los efectos jurídicos del deslinde es doctrina de esta Sala: *A)* Que, según tiene declarado este Tribunal en Sentencias de 20 de noviembre de 1969, 18 de junio de 1965, 21 de octubre y 1 de diciembre de 1966, 19 de junio y 6 de noviembre de 1967, 16 de marzo de 1968 y 23 de enero y 2 de mayo de 1969, entre otras, en materia de deslinde de la zona marítimo-terrestre, es principio general que el mismo no resuelve más que un problema de límites, es decir, la determinación de hasta dónde llega la zona, sin que, por tratarse de un mero acto administrativo, pueda ser determinante de declaraciones de propiedad, ni tan siquiera de posesión,

lo que produce que en manera alguna pueda generar secuencia atributiva de dominio, que únicamente procede decidir en el correspondiente juicio declarativo ante la jurisdicción civil, que es el actualmente contemplado; y de otra parte, porque la aceptación de un deslinde administrativo, por la naturaleza y efectos expresados, lo único que revela es la existencia de una actividad delimitadora en el exclusivo ámbito administrativo, pero no una secuencia indeclinable dominical en favor del Estado (Sentencia de 14 de noviembre de 1977). B) Que no puede convertirse la acción de deslinde administrativo en vía de ejercicio paralelo de una reivindicación al margen de la jurisdicción y competencia de los Tribunales, por carecer la Administración de la prerrogativa de aprovecharse del deslinde de los bienes de dominio público para elaborar un título jurídico de propiedad a su favor atribuyendo la demanialidad a los predios colindantes sin otro requisito que el de abarcarlo en el perímetro del deslinde; se sigue que la doctrina de esta Sala, en las mencionadas y en las Sentencias, también de esta Sala y de signo adverso a la Administración, de 20 de noviembre de 1959, 18 de junio de 1965, 21 de octubre y 1 de diciembre de 1966, 19 de junio y 5 de noviembre de 1967, 16 de marzo de 1968, 23 de enero y 2 de mayo de 1969, 28 de noviembre de 1973 y 3 de junio de 1974, entre otras, no es sino la de atribuir al deslinde administrativo el efecto jurídico de desplazar sobre quien pretenda el dominio privado de enclaves situados dentro de la zona deslindada, la carga de probar (Sentencia de 13 de octubre de 1981). Tercera: Que, en el supuesto que nos ocupa, habida cuenta de que en la resolución recurrida se sienta como hecho probado, y que no ha sido combatido en casación por la vía del ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, única vía apta para ello, «la situación de la parcela objeto de este proceso dentro de la zona marítimo-terrestre», sin que, contrariamente, se haya acreditado por el demandado, como el principio de la carga de la prueba le obligaba, si quería contradecir los efectos jurídicos del deslinde operado en 1951, en el que se incluyó la aludida finca dentro de los límites de la zona de dominio público, que la propiedad privada de la parcela se hubiera ganado con anterioridad a la vigencia de la Ley de 1880, o que se hubiera operado su desafectación por un acto de soberanía, es obvio que la parcela de autos debe ser reputada de dominio público, siéndole aplicable el régimen jurídico propio de tales bienes, y procediendo, en su consecuencia, la estimación del motivo que nos ocupa, con la consiguiente aceptación del recurso de casación planteado, sin que sea preciso el estudio de los restantes motivos.

Y en su segunda sentencia establece:

Primero: Que la parcela de terreno de 124 metros cuadrados situada en la playa de Piles y en la parte posterior de la casa que construyó y posee don Andrés Climent Morant, y que fue objeto del interdicto de recobrar la posesión interpuesto por don Salvador Torregrosa Morant contra don Andrés Climent Morant ante el Juzgado de Primera Instancia de Gandía, está íntegramente ubicada dentro de la zona marítimo-terrestre de la playa de Piles, cuyo deslinde, practicado por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, fue aprobado, sin reclamación alguna, por Orden ministerial del propio Ministerio de fecha 14 de diciembre de 1951.

Segundo: Que la citada parcela, como consecuencia del practicado deslinde, quedó sujeta *ex lege* a las siguientes características:

- a) Ser de dominio y uso público.
- b) Ser inalienable e imprescriptible por estar fuera del comercio de hombres.
- c) Ser ineficaz la fe pública registral en cuanto a la misma.
- d) Que la pérdida de tales características sólo se puede producir por su desafectación y por su cambio de destino realizado por el Estado.

Tercero: Que la citada parcela de terreno fue concedida por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo para su posesión y construcción sobre la misma de un jardín y una cochera, a favor de don Andrés Climent Morant, por Orden ministerial de 29 de marzo de 1977, en la que se establecen las condiciones a las que se halla sujeta la concesión, cuyo plazo de duración fue de veinte años, hallándose, por tanto, vigente en la actualidad.

Cuarto: Que como consecuencia de la citada concesión, don Andrés Climent Morant tiene derecho preferente a ocupar y poseer la referida parcela de terreno, sujeta a las condiciones impuestas por el MOPU en la Orden ministerial de 29 de marzo de 1977.

Quinto: La nulidad absoluta y de pleno derecho del contrato de compraventa contenido en la escritura de 12 de mayo de 1965, que autorizó el Notario de Oliva don José Solís y otorgaron doña Vicenta María Salom Cots y don Salvador Torregrosa Morán. Asimismo, debemos condenar y condenamos a don Salvador Torregrosa Morán a que deje libre y a disposición de don Andrés Climent Morant la descrita parcela en los mismos términos y condiciones en que se encontraba antes de la ejecución de la sentencia dictada en el juicio de interdicto de recobrar la posesión.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL. SERVIDUMBRE DE SALIDA DE HUMOS A TRAVES DE VIVIENDA PRIVATIVA. Artículo 3, a), de la Ley de 21 de julio de 1960 (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Sebastián, conforme a los siguientes fundamentos:

1. Para un adecuado planteamiento del presente recurso de casación ocurre anteponer al examen de sus motivos los siguientes antecedentes y puntualizaciones: A) El 1 de enero de 1951 se arrendó el local de negocio litigioso a J. B. E., de quien los actuales arrendatarios traen causa, siendo parte arrendadora los copropietarios del inmueble actuantes mediante uno de ellos por sí y en representación de los demás como administrador de la finca, sin que haya existido otro contrato de arrendamiento que éste. Entre

otras cláusulas especiales que no importan, se convino que el local se destinaría a bar, no pudiendo dedicarse a otro comercio o industria que pudiera molestar a los vecinos (1.ª), siendo la cláusula 2.ª del siguiente tenor: «El inquilino no podrá realizar obras de reforma en el local sin previa autorización de los propietarios, y aun en este caso quedarán a beneficio de la finca las que se hubieren hecho». B) El 26 de febrero de 1958, la parte arrendadora autorizó al arrendatario la ejecución de obras consistentes en: «Ampliación del actual mostrador, cambio de la cocina y fregadera a la parte marginal, efectuando los correspondientes desagües, tanto del mostrador como de la cocina.—Ampliación del actual armario frigorífico existente en el mostrador con acoplamiento del correspondiente motor. Reforma del actual armario frigorífico para uso de la cocina.—Derribo del tabique que se encuentra entre el mostrador y la cocina.—Ocultación de la actual tubería exterior de la parte de la cocina y el retrete colocando nuevo azulejo.—Ampliación hasta el fondo del tabique de la actual viga de madera.—Supresión de la puerta interior existente entre el reservado y el cuarto trastero para instalación de un pequeño mostrador en la cocina.—Colocación de un aspirador y su correspondiente tubería al exterior para expulsión de gases concentrados en el interior.—Decorado de techos». De esta fecha, al menos, si ya no preexistía otra anterior, data la existencia en el bar de una cocina. C) La vivienda centro del piso 1.º se ocupaba ya en 1950, y en concepto de inquilina, por A. P. H., quien, en 10 de julio de 1964, adquirió en propiedad dicho piso, quedando en dicha fecha el inmueble en régimen de propiedad horizontal formada por dicho piso, que fue constituido en unidad independiente, y el resto del edificio, que se mantuvo en régimen de copropiedad ordinaria (folios 22 a 28). D) En el año 1973, la cocina del bar fue sustituida por la actualmente existente y que ha dado lugar al juicio, y que resulta ser (folio 90) una cocina de carbón, mural, completamente metálica, con unas dimensiones totales de 1,20 metros de largo, 0,80 de ancho a fondo y 0,80 metros de altura. Dicha cocina, como aquella a la que sustituyó, tenía salida de humos a través del piso centro ocupado por A. P. H. E) Esta, siendo el 18 de marzo de 1980, vendió el piso, libre de cargas y servidumbres, a los cónyuges J. E. O. y M. P. O.. F) El 27 de febrero de 1980, los cónyuges advenidos propietarios del piso practicaron obras mediante las cuales la salida de humos de la cocina del bar a través del piso fue cortada. Se originó así un juicio de interdicto de recobrar la posesión, que fue resuelto en favor de los arrendatarios poseedores de la salida de humos, según sentencias dictadas el 9 de octubre de 1980, por el Juzgado de Primera Instancia, y el 19 de octubre de 1981, por la Audiencia Provincial de San Sebastián. Dichas sentencias apreciaron que la parte actora, o sea, los arrendatarios del local y titulares del bar, aquí actualmente demandados, «se hallaba en la posesión o tenencia real», de que habían sido privados por vías de hecho mediante la ejecución de obras de albañilería en el piso centro, acabando con la «pacífica posesión de la chimenea de salida de humos de la cocina económica del bar instalado en el indicado local de negocio», siendo repuesta la parte actora en dicha posesión. G) A dicho juicio posesorio siguió otro en que los propietarios del inmueble instaron frente a los arrendatarios del local la resolución del contrato de arrendamiento, alegando como causas de resolución las 6.ª, 7.ª y 8.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, habiendo recaído sentencias desestimatorias dictadas en 30 de junio de 1981, por el Juzgado, y en 14 de enero de 1983, por la Audiencia Territorial de Pamplona; en

referencia a la causa 7.ª, la sentencia de la Audiencia divide las obras alegadas, como inconsistentes y modificadas de la configuración del local arrendado, en dos grupos o categorías, constituido el primero por las obras realizadas a partir de 1973, que se refieren a la instalación de cocina económica nueva, fregadero y mampara divisoria, y la segunda, sin necesidad de exhaustiva enumeración, por las restantes ejecutadas en 1958 y a favor de la autorización de 26 de febrero de 1958, «respecto de las cuales (razona) huelga hablar de autorización expresa o tácita deducible, conforme a presunciones del artículo 1.253 del Código Civil, de los aumentos de renta incluidos en los recibos aportados, ya que resulta clara la prescripción de la acción, conforme al artículo 1.964 del Código Civil». A propósito de las realizadas en o a partir de 1973, ya concretadas, entiende dicha sentencia «no constituyen modificación de la estructura del local ni debilitan la resistencia o naturaleza de la construcción, tal como acertadamente razona el Juez *a quo* en la consideración tercera de su sentencia, que procede confirmar, pues, conforme a la doctrina jurisprudencial que constata, se trató simplemente, en cuanto a cocina, fregadero y tubos de salida de humos, de sustituciones encaminadas a mantener en perfecto estado de funcionamiento el negocio establecido en el local arrendado». La Audiencia, pues, en esta sentencia antecedente recaída en el juicio arrendaticio, claramente parte de que existía con anterioridad a 1973, año en que fue reparada sin alterarla, y con toda probabilidad desde 1958, en que fue establecida, al amparo de la autorización de 26 de febrero de 1958, la cocina económica y su correspondiente salida de humos a través de la vivienda litigiosa. H) La demanda inicial del juicio declarativo de que el presente recurso dimana, volviendo sobre la salida de humos de la cocina económica del bar, se endereza por los propietarios del inmueble contra la parte arrendataria del local de negocio y pretende eliminarla mediante fallo que declare «que no existe constituida servidumbre alguna sobre la vivienda centro del piso 1.º», «para la conducción o paso de humos provenientes de la cocina del local»; «que los demandados, para el 27 de febrero de 1980, no tenían derecho al uso de espacio o elemento material alguno dentro de los límites internos de la vivienda», y «que los demandados, como usuarios del bar Iraeta, no tienen derecho al uso de la chimenea que arranca de la vivienda». La sentencia dictada por la Audiencia el 25 de enero de 1984, y contra la cual se endereza el presente recurso de casación, desestima dichas pretensiones a partir de las siguientes aseveraciones fácticas: Que ya con anterioridad a la adquisición de la vivienda centro del piso 1.º de la casa número 17 de la calle de Miracruz de la ciudad de San Sebastián por la señora doña A. P. H., con cuya adquisición se separó tal vivienda de la comunidad proindiviso del resto del inmueble, para convertirse en propiedad exclusiva en régimen de propiedad horizontal con ese resto de la casa, por lo menos, por los que eran propietarios del total bien, se construyó en el local del bar una cocina con salida de humos a través y por la chimenea de la vivienda dentro del piso 1.º, bien se consintió ese establecimiento por quien explotaba en cualidad de arrendatario el local destinado a bar, hace ya muchos años, y siempre con anterioridad al año 1958, en que por carta de fecha 26 de febrero, según resulta de documental obrante en autos, la propiedad total entonces de la casa o inmueble autorizó a lo que en dicha documental se dice o consta, entre otras cosas, al cambio de la cocina y fregadera del bar a un lugar o parte marginal del mostrador, cuya ampliación también se autorizaba, cocina que luego se

reemplazó por los arrendatarios por otra nueva y relativamente en tiempo reciente, en 1973 ó 1974, cuando la cocina con la correspondiente salida de humos, a través de la chimenea del piso o vivienda centro de la planta o piso 1.º de la casa, que era conocida y consentida por la señora P., que fue durante unos quince años arrendataria de esa vivienda y luego, a virtud de escritura de compraventa de fecha 10 de julio de 1974, pasó a ser propietaria de la vivienda, a través de cuya vivienda, además, se limpiaba la parte de chimenea o paso de humos de la cocina del bar a la chimenea propia de su casa o vivienda, vivienda que enajenó o vendió al matrimonio formado por los actores señores E. O. y señora P. O. por escritura de 18 de marzo de 1980».

2. Los arrendatarios del local de negocio, demandados en el juicio y ahora recurridos, son obviamente titulares de los derechos personales que para la parte arrendataria resultan de la relación arrendaticia existente en el plano estrictamente obligacional, enteramente desprovisto de sustancial real, que es la propia de las servidumbres prediales, como la que se trata de ventilar en el juicio. Las pretensiones deducidas en la demanda origen del mismo se agitan por todos los dueños del inmueble, quienes, por modo unánime y tanto en cuanto componentes de la comunidad ordinaria o común anterior a la venta del piso litigioso y continuada ahora sobre la totalidad del inmueble con la excepción de ese piso luego de serle vendido en 1980 a A. P. H. (con ocasión de cuya segregación y venta se constituyó el inmueble en régimen de propiedad horizontal entre aquella comunidad ordinaria y la propiedad del piso enajenado), como en el seno de la propiedad horizontal, pueden configurar su propiedad de la manera que crean más conveniente a sus intereses y gravarla a su albedrío, sin que esos actos de disposición puedan ser impedidos por los arrendatarios del local. Pueden también los propietarios interpretar el contrato de compraventa de 1964 y la escritura en que se documentó y que es el título constitutivo de la propiedad horizontal, y al que corresponde regular las relaciones entre el piso entonces erigido en finca y el resto del inmueble de que forma parte, según tengan por conveniente, e incluso variar ese régimen, otorgando las correspondientes escrituras e inscribiéndolas en el Registro de la Propiedad. Al litigar, unánimes, contra los arrendatarios, lo que ciertamente persiguen es plantear nuevamente el punto de la salida de humos procedente de la cocina económica del bar a través del piso, haciéndolo ahora desde otra óptica que la arrendaticia, que es la que corresponde a la naturaleza de la relación que mantienen con los demandados y que es obligacional y no real, aspecto en que ya fue resuelto el caso por la Sentencia de 14 de enero de 1983, que tuvo por amparada y preservada tal salida de humos por la autorización de la propiedad del inmueble en el año 1958, sin que en 1973 se ampliase unilateralmente por los arrendatarios al sustituir por otra la cocina que emana los humos. En la existencia de la autorización de la propiedad abunda la Sentencia de 25 de enero de 1984 recaída en el juicio de que el presente recurso dimana. Por tanto, debe desestimarse el motivo tercero del mismo en cuanto, con invocación del artículo 1.281 del Código Civil, acusa de errónea la interpretación de la carta-autorización de 26 de febrero de 1958, según la leyeron las Sentencias de 31 de enero de 1983 y 25 de enero de 1984. La primera de dichas sentencias, recaída en el juicio arrendaticio, que es el que propiamente se corresponde con la índole de los derechos cuestionados, constituye cosa juzgada entre los mismos litigantes en punto a la

existencia de la autorización para modificar, como en 1958 se hizo, el local arrendado, dotando de salida de humos a la cocina expresamente mencionada en el documento, y no es lícito volver sobre lo mismo, y antes bien lo juzgado ya en firme sobre ello opera como elemento de prejudicialidad civil homogénea dentro del presente juicio ahora pendiente, que debe ser resuelto acatando lo que se pronunció en el antecedente. La relación arrendaticia quedó configurada según la sentencia recaída en el juicio de esa naturaleza y conforme al fallo firme alcanzado, o sea, incluyendo en el local de negocio cedido o configurando el mismo, con la salida de humos a través de la vivienda litigiosa y en la disposición en que se hallaba esa salida inmediatamente antes de ser suprimida por los cónyuges propietarios de la vivienda, lo que les acarreó la sanción interdictal. Tal pronunciamiento judicial, firme y provisto de los efectos propios de la cosa juzgada material, recayó sobre unos hechos cuya evidente conexión material con los hechos que fundamentan e identifican las pretensiones deducidas en el presente juicio no pueden menos que producir el efecto prejudicial de vincular en lo que respecta a la valoración de la licitud y conformidad con el derecho de la situación alcanzada: local de negocio provisto de salida de humos y, todo así dispuesto, cedido en arrendamiento por toda la propiedad del inmueble. Al menos, en lo que respecta a la conformidad con el derecho en concreto, debe, pues, mantenerse esa situación, aun cuando el distinto enfoque jurídico adoptado ahora por la propiedad actora esquive el efecto de la cosa juzgada y lo reduzca al efecto prejudicial.

3. Como se deja dicho, nada obsta a que los copropietarios del inmueble configuren, según tengan por conveniente, el régimen de la propiedad horizontal que implantaron en 1964, con el reconocimiento de cuya facultad queda satisfecho el párrafo 2.º del artículo 348 del Código Civil y el apartado a) del artículo 3.º de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal. Pero ello, con efectos entre los copropietarios, no ha de menoscabar los derechos obligacionales que el contrato de arrendamiento del local confiere a los arrendatarios demandados, y concretamente al de usar el inmueble con el ámbito en que les fue cedido, esto es, con la salida de humos a través de la vivienda litigiosa, según la disposición de esa salida hasta ser suprimida arbitrariamente en 27 de febrero de 1980. El interés de la parte arrendataria delimita y define su legitimación para ser demandada, de tal suerte que, fuera de ese interés, las pretensiones no le alcanzan y de ahí que deban ser desestimadas a través del rechazo de los motivos primero, segundo y cuarto, que plantean el tema de la inexistente colisión entre el derecho de dominio sobre el inmueble y los términos del contrato de arrendamiento. El motivo primero, al conceptuar la salida de humos como «acto de tolerancia» y no como procedente de formal autorización para la modificación por la parte arrendataria, y a su costa, del local arrendado, incide en desconocimiento de lo ejecutado sobre la realidad de la autorización, licitud de la salida de humos y obligación de la propiedad de respetarla mientras dure el arrendamiento, en lo que cae de lleno el motivo segundo al citar los «actos meramente tolerados» del artículo 444 del Código Civil. En rigor, se da una falta de legitimación pasiva en la parte demandada para ventilar frente a la misma la existencia de servidumbres, relaciones entre predios, ajenas, por otra parte, al régimen de la propiedad horizontal, dentro del cual y de moverse diferen-

cias, que no las hay, entre los partícipes constituirían aspectos de modificación del título constitutivo.

4. El motivo quinto invoca el número 2.º del artículo 3 y el artículo 7 del Código Civil. Debe ser rechazado, al igual que los anteriores, ya que la sentencia de la Audiencia no se funda en la equidad, sino en el obligado respeto a los derechos de los demandados según el contrato de arrendamiento y modificaciones posteriores del mismo contrato y, concretamente, según la autorización de obras de acondicionamiento de 1958. No se pone en tela de juicio la incomodidad que para los cónyuges actores dueños del piso significa la salida de humos y la limitación que arrastra para el uso de «gas ciudad» por el peligro de dar una salida común a humos y gases, ni menos la buena fe de los cónyuges al demandar, ni, en fin, que la pretensión no sea constitutiva de abuso de su derecho de dominio sobre el piso. Lo que a lo largo de tres juicios y correlativas sentencias, de cuya serie la presente es la séptima, se ha ventilado es la existencia del derecho de los demandados a mantener la salida de humos a través de la vivienda en que de antiguo se hallan, mientras dure el arrendamiento del local o consientan su supresión.

F. C. L.

COPROPIEDAD.—DISOLUCION.—ABUSO DEL DERECHO.—Artículos 400 y 404 del Código Civil (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelada contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, revocatoria de la del Juzgado número 7 de dicha capital, confirmando esta última en su segunda sentencia y proclamando la rotundidad de los artículos 400 y 404 del Código Civil, que consagran el derecho a la división de la cosa tenida en común y su venta para repartir el precio cuando la misma resulte esencialmente indivisible y falte convenio de adjudicación a un condueño, haciendo la declaración asimismo de que la invocación de la existencia de una situación de abuso de derecho tiene carácter excepcional, reseñando los elementos subjetivo y objetivo que la integran (Sentencias de 5 de febrero y 9 de junio de 1959, 7 de julio de 1980, 31 de octubre de 1981, 25 de junio y 9 de febrero de 1983, 31 de diciembre de 1985 y 5 de abril de 1986), los cuales no concurren en el presente caso.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES (SENTENCIA DE 5 DE DICIEMBRE DE 1986).

Determina que no pueden realizarse obras que afecten a elementos comunes —en este caso apertura y cierre de ventanas que daban a patios comunes— sin consentimiento de la comunidad de propietarios del inmueble.

F. C. L.

SERVIDUMBRE DE VISTAS (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime de Castro García, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Calatayud, declarando en su segunda sentencia que la terraza construida por el demandado proyecta sobre el edificio y corral del demandante vistas rectas a menor distancia de la legal y, en consecuencia, viene obligado dicho demandado a retirar o demoler a su costa la terraza indicada de manera que tal proyección cese, o bien a cerrarla para suprimir las vistas rectas y oblicuas sobre el predio del actor.

F. C. L.

ACCESION. MALA FE. PROPIEDAD HORIZONTAL. ELEMENTOS COMUNES. Artículos 361, 364, 453, 454, 359 y 396 del Código Civil y 3 y 5 de la Ley de 21 de julio de 1960 (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Eduardo Fernández-Cid de Temes, declara no haber lugar a ninguno de los recursos interpuestos por ambas partes contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Bilbao, que había revocado en parte la del Juzgado número 4 de dicha ciudad, conforme a las siguientes consideraciones:

1. Para el mejor estudio del presente recurso de casación es preciso partir de los siguientes extremos: A) La Obra Sindical del Hogar construyó en Bilbao un Grupo de Viviendas denominado «San Ignacio de Loyola», perteneciendo al mismo las casas números 1, 3, 5 y 7 de la calle Manuel Feliú, colindantes entre sí y situadas unas a continuación de las otras. B) Cada casa constaba de ocho viviendas susceptibles de aprovechamiento independiente, careciendo de sótanos o semisótanos, salvo la última, que lo tenía dada la configuración del terreno. C) En 1953 muchas de ellas se encontraban ocupadas por diferentes beneficiarios, a los que se transfirieron en régimen de amortización y acceso diferido a la propiedad, lo que ocurrió igualmente con el semisótano o local de la casa número 7 a favor de don J. L., quien excavando lo amplió hasta ocupar el suelo de las otras tres, con apertura incluso de ventanas en todas ellas, obras que terminó, según él, en 1959, y según las comunidades afectadas, en 1961, con la particularidad de que la única salida para el conjunto resultante seguía siendo la del primitivo sótano a la calle Fidel Santaló. CH) Tras diversas incidencias, que no hacen al caso, los derechos y obligaciones de la Obra Sindical del Hogar pasan al Organismo Autónomo «Administración del Patrimonio Social Urbano», quien en 15 de noviembre de 1978 otorga escritura de declaración de obra nueva y constituye el régimen de propiedad horizontal para las cuatro casas, recogiendo en la del número 7 la existencia del local a ella perteneciente, pero ignorando su ampliación a las otras y distribuyendo las cuotas conforme a tales circunstancias. D) En 1979 se otorgan ante Notario los contratos de compraventa a favor de los beneficiarios.

E) En 1980, tras acto de conciliación sin avenencia, las comunidades de las casas 1, 3 y 5 demandan a don J. L. M. y al Organismo Autónomo «Administración del Patrimonio Social Urbano», suplicando se declare que la parte del local sótano que ocupa el suelo de cada una de las casas es elemento común del inmueble y propio de la comunidad respectiva, condenándose al ser L. a hacer la entrega, con condena en costas de ambos demandados, peticiones que fundamentan: en la mala fe del primero al construir en terreno ajeno; la adquisición de las viviendas con la participación correspondiente en los elementos comunes, al no constar en las escrituras la existencia de sótanos o locales comerciales; ser transmitente el Organo Autónomo; realizarse la construcción de los sótanos cuando era propietaria la Obra Sindical del Hogar y no tener el señor L. título de dueño, por lo que invocan el artículo 348 del Código Civil; la innecesariedad de calificar la acción ejercitada; no figurar los sótanos en la declaración de obra nueva; ser el suelo elemento común, conforme al artículo 396 del propio texto legal, y los artículos 358 y 362 en cuanto a la construcción de mala fe en terreno ajeno, habiéndose opuesto las comunidades a la ocupación, a los efectos del artículo 364, en cuanto estuvieron legitimadas para ello. F) Los demandados formulan una serie de excepciones y el señor L. alega que obtuvo permiso verbal de la Obra Sindical del Hogar para las excavaciones o, al menos, actuó con su consentimiento tácito y el de los compradores, ya que lo hizo a su presencia, quieta, pacíficamente y con buena fe, llevando en la posesión más de veinte años; ambos solicitan la absolución y don J. L. reconviene, por estimar que todos los locales forman una unidad física, son susceptibles de aprovechamiento independiente, conforme a los artículos 396 del Código Civil y 3 y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, y ha usucapido, conforme a los artículos 609, 1.940 y 1.957 del Código sustantivo, al poseer por tiempo superior a diez años, con buena fe y justo título, por lo que solicita que así se declare, que las comunidades han de reformar los estatutos, están obligadas a indemnizarle y han de actuar lo procedente hasta la inscripción en el Registro. G) Las comunidades insisten en que el suelo es elemento común y lo en él construido les pertenece por accesión. H) Consta en autos que la Obra Sindical tenía servicios de vigilancia e inspección y que el demandado reconviniere (absolución de la posición núm. 22) quiso pagar por la ampliación de los locales, sin que accediese a ello el Delegado de dicho Organismo. I) La sentencia del Juzgado de Primera Instancia señala: que los sótanos pertenecen a cada comunidad respectiva; que el señor L. carecía de justo título para usucapir; que hubo una accesión industrial, por construcción en suelo ajeno con materiales propios, si bien de buena fe, dada la exteriorización, conocimiento y necesaria publicidad de los trabajos realizados; que las comunidades, aunque no eran propietarias, no instaron acciones administrativas, y que la solución más equitativa es la prevista en el artículo 361 del Código Civil. Desestima las excepciones y la demanda reconvencional, absuelve al Organismo Autónomo «Administración del Patrimonio Social Urbano» por no tener actual vinculación, declara que la parte de local sótano que ocupa el suelo de las respectivas comunidades es propiedad de éstas y que, en base a la obra ejecutada, deberán ejercitar en ejecución de sentencia la opción prevista en el artículo 361 del Código Civil. J) Apelan todos los interesados y la Audiencia Territorial dicta sentencia en la que sienta la inexistencia de justo título a favor del señor L.; su falta de posesión durante los treinta años a que

se refiere el artículo 1.959 del Código Civil; la no concurrencia de accesión invertida, por no construirse de buena fe, en suelo propio y en parte ajeno, de un edificio y obra que constituya un todo indivisible; que el supuesto litigioso no encaja en aquellos en que la accesión desemboca en una adquisición *ipso iure* y automática de la propiedad, sino en una situación transitoria que atribuye un derecho potestativo o un derecho de opción con el que solo al ejercitarlo se consuma la mutación real, por lo que el Organismo Autónomo «Administración del Patrimonio Social Urbano» perdió la facultad de ejercitarlo al transmitir las viviendas a los beneficiarios y con ello los elementos comunes, cual el suelo, lo que origina que el ejercicio corresponde a las comunidades actoras; que al artículo 361 del Código Civil conduce el 364, regulador de los supuestos de mala fe dual, concurrente en el señor L. M., que no ignora excava en terreno ajeno al triplicar el que le corresponde y abrir ventanas, sin prueba alguna de que estuviera autorizado para ello, y en la Obra Sindical del Hogar porque las obras se prolongaron en el tiempo, tenía servicio de vigilancia e inspección, se ejecutaron a su vista, ciencia, paciencia y con publicidad, mala fe cuyas consecuencias han de soportar las comunidades actoras, que la suceden en la titularidad dominical del suelo, pues su derecho es dependiente del de su transmitente, pero sin que ostenten un derecho de propiedad sobre la obra, sino el de «hacerla suya», previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454 del Código Civil, todo lo cual permite hacer esta declaración y no aquélla, determinándose la indemnización al ejecutarse la sentencia, si así se pidiere, como derecho derivado de la accesión sobre los sótanos, con lo que se concede cosa menor, pero no distinta, a la pedida; y todo lo dicho, como la «Administración del Patrimonio Social Urbano», se atribuye el derecho correspondiente a las comunidades, impide su absolución, al igual que la necesidad de indemnizar, derivada del derecho de accesión, impide hablar de enriquecimiento injusto de dichas comunidades. En consecuencia: desestima la apelación formulada por don J. L. M. y por el Organismo Autónomo «Administración del Patrimonio Social Urbano»; estima, en parte, el recurso de las comunidades de propietarios; revoca la sentencia de Primera Instancia; acoge parcialmente la demanda; desestima la reconvencción; declara el derecho de la actora a hacer suyas la parte de sótano que ocupa el suelo de sus edificios, previa la correspondiente indemnización, a determinar en ejecución de sentencia, si así se pidiere, y no hace especial imposición de costas en ninguna de las instancias. Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por las comunidades de propietarios y por don J. L. M., aquietándose «la Administración del Patrimonio Social Urbano».

2. Desde ahora conviene dejar sentado que, cual señaló la Sentencia de este Tribunal de 31 de mayo de 1949, la acción reivindicatoria, dominical por excelencia, no es la adecuada para la finalidad de que el demandante recobre el suelo sobre el que por otra persona se haya edificado y al que se ha incorporado lo construido, dando con ello lugar a cuestiones que han de ser discutidas y resueltas con arreglo a los especiales preceptos que determinan los derechos y efectos que se derivan de la accesión, de lo que también resulta que en la Ley se distingue entre el caso de que un propietario sea privado de su propiedad o de su derecho a usar de ella sin limitación y el en que sobre el suelo suyo se hayan realizado obras, de donde aparece obvio que hay que compaginar los principios «superficies sólo *cedit*» con el de que lo «accesorio sigue a lo principal», pues que no

siempre coinciden, siendo el artículo 361 precepto general sometido a especificaciones, dependiendo los efectos de la buena o mala fe de las partes, aunque conviene aclarar que si las acciones se determinan por los hechos y los fundamentos de Derecho, en el caso que nos ocupa las comunidades actoras citan no sólo los artículos 348 y 396 del Código Civil, sino también los 358, 362 y 364 del propio texto legal.

3. Por razón de método conviene examinar, en primer lugar, el motivo tercero de los deducidos por las comunidades de propietarios, ya que en él, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se achaca a la Sala de Instancia error de Derecho en la apreciación de la prueba, con implicación de los artículos 434, 1.232 y 1.250, todos del Código Civil, expresivos de la presunción de buena fe, de que la confesión hace prueba contra su autor y que las presunciones establecidas por la Ley dispensan de toda prueba a los favorecidos por ellas, sin que de lo actuado se infiera una postura de mala fe por parte de la Administración. Mas ya se ha dicho en el fundamento 1, H), que consta en autos, que la Obra Sindical tenía servicios de vigilancia e inspección y que el demandado reconviniente (absolución de la posición núm. 22) quiso pagar por la ampliación de los locales, sin que accediese a ello el Delegado de tal Organismo, lo que no quita un ápice a la realidad de que las obras se prolongaron en el tiempo y se ejecutaron con su conocimiento, a su vista, ciencia, paciencia y con publicidad, sin oposición, circunstancias que obligan a aplicar el artículo 364, párrafo 2.º, ya que la negativa a «legalizar la situación», a «legitimar la ampliación», no implica «oposición» a que las obras se realizaran, debiendo abarcar las consecuencias de la mala fe a las comunidades, al justificar su derecho por transmisión derivativa, permaneciendo uno y el mismo, por sucesión en el complejo de las relaciones jurídicas anteriormente existentes, conocidas igualmente por dichas comunidades que, a lo más, podrían justificar una acción personal contra el enajenante, imposibilitado de dar algo que ya no tenía y de ignorar lo que es un hecho consumado, pues entenderlo de otra forma facilitaría el fraude, evitando las consecuencias de la mala fe con una simple transmisión, criterio interpretativo que se refuerza por la equidad, como justicia del caso concreto, lo que hace decaer este motivo y los números cuarto y quinto, formulados ambos al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, uno por aplicación indebida del artículo 364 del Código Civil, y el otro por inaplicación de los artículos 1.255, 1.258, 1.461 y 1.469 del propio texto legal, ya que el supuesto encaja en dicho artículo 364 y los otros preceptos sólo pueden tener efecto *inter partes* (beneficiarios de las comunidades de los números 1, 3 y 5-Obra Sindical o su sucesora Organismo Autónomo de la Administración del Patrimonio Social Urbano), desembocando, en su caso, en la acción personal, pero sin afectar a quien es tercero frente a esos concretos negocios jurídicos.

4. El primer motivo alegado por las comunidades de propietarios, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa «inaplicación del artículo 396 del Código Civil, en relación con los artículos 3 y 5 de la Ley de Propiedad Horizontal y de la doctrina legal que establece el carácter de elemento común de todos aquellos elementos a los que registralmente no se les asigne el carácter de elemento privativo», siendo así, se sigue diciendo, que los sótanos objeto de esta litis no están incluidos en la declaración de obra nueva y división horizontal de los

inmuebles números 1, 3 y 5 de la calle Manuel Feliú, lo que les asigna el carácter de elementos comunes, cualidad que tienen los sótanos. Si bien es cierto cuanto se afirma, no lo es menos que ni el Registro ni las escrituras públicas que sirven de acceso al mismo pueden desconocer ni modificar la realidad extrarregistral, con prevalencia sobre ésta, por lo que se prevén en la Ley mecanismos para hacerlas coincidir, y cierto también que mientras otra cosa no conste de modo específico, los sótanos tienen el carácter de elementos comunes; pero es que en el caso que nos ocupa ni en las escrituras ni en el Registro aparece la realidad física de los mismos, ni como elemento común ni como elemento o unidad susceptible de aprovechamiento independiente, de forma tal que lo que se atribuiría a las comunidades conforme a tales preceptos es la propiedad del suelo, pues los sótanos no tienen existencia real para el instrumento público ni para la oficina registral, es decir, son simples fantasmas; mas como esa realidad existía con anterioridad al otorgamiento (desde 1959 o desde 1961, según los escritos de alegaciones de las partes) y ha sido creada por don J. L. M. mediante incorporación hecha en suelo ajeno con materiales propios, es claro que el problema ha de solucionarse, cual se apuntó en el fundamento 2, por las reglas de la accesión por unión, de fuera adentro, continua, industrial o artificial, razones todas por las que el motivo, en su simplismo e irreal formulación, ha de perecer.

5. El segundo motivo del recurso de las comunidades de propietarios se formula al amparo del artículo 1.692, número 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por incongruencia en el fallo, al basarse en una pretendida mala fe de la Administración no alegada por los litigantes, con infracción por violación por inaplicación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». El perecimiento del motivo se produce al considerar que se alegó la mala fe de los beneficiarios de la adjudicación en amortización y de las comunidades, que sustituyeron a la Administración en todo el complejo de las relaciones jurídicas, basándose la demanda no sólo en la acción reivindicatoria, sino también en los artículos referentes a la accesión y apuntando la innecesariedad de calificar la acción ejercitada, de tal manera que ha de entrar en juego la doctrina reiterada y constante de que el principio de congruencia, prohibitorio de toda resolución *extra petita*, no impone más que una racional adecuación a las peticiones de las partes y a los hechos en que se basan, posibilitando la aplicación de normas no invocadas por los litigantes, conforme a la máxima consagrada de libertad en las motivaciones jurídicas (*iura novit curia*), siempre que el cambio en la fundamentación no signifique que la pretensión ha sido alterada, cosa que no ocurre cuando se otorga menos de lo pedido y lo otorgado es consecuencia natural de la reclamación entablada, en orden a su efectividad, según la apreciación del hecho por el juzgador, dado que la congruencia no exige obediencia a la literalidad de lo pedido, sino a su esencia; y aquí el examen de la concurrencia de buena o mala fe es consecuencia obligada en el estudio de la accesión pretendida por cualquiera de las partes, aunque éstas no la califiquen de manera específica si, como simple hecho, tal calificación se desprende de las actuaciones, ya que de ella depende la aplicación de un precepto y otro del Código, dentro de los que éste dedica al instituto de la accesión, máxime cuando el concepto de buena o mala fe, supuesto de hecho de la norma, no viene condicionado por circunstancias especiales, sino simplemente por las que resul-

tan del artículo 364: ejecución de la obra a la vista, ciencia y paciencia del propietario, sin oposición de éste, pues el Juez, árbitro de intereses contrapuestos, ha de vigilar su justo reparto, conforme a lo que consta en autos [véase el fundamento 1, H) y J), en cuanto esta última letra se refiere a la mala fe dual].

6. Todo cuanto se lleva dicho conduce a la desestimación del sexto motivo de casación, basado en inaplicación de los artículos 354, 358 y 362 del Código Civil y en las premisas sentadas en los precedentes, cual reconoce la propia parte.

7. El primero de los motivos alegados por el otro recurrente, don J. L. M., aduce incongruencia, al entender, en esencia, que las comunidades actoras solicitaron una declaración automática de dominio, con la reivindicación consiguiente, sin necesidad de ejercitar opciones de ningún tipo y sin tener que abonar indemnización alguna, sin plantear el tema como consecuencia de una accesión. La desestimación se desprende de todo lo razonado con anterioridad, especialmente en los fundamentos de Derecho 2 y 5, lo que ha de darse por reproducido para evitar repeticiones.

8. Su segundo motivo, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusa a la sentencia recurrida de interpretar erróneamente el artículo 1.952 del Código Civil, pues se alegó usucapión al reconvenir y la Audiencia estimó que no había justo título, por lo que entendió que el plazo posesorio habría de ser el de treinta años, a que alude el artículo 1.959, y no el señalado en el artículo 1.957. Olvida el recurrente que la prescripción ordinaria exige siempre tal requisito del justo título y que, además, conforme al artículo 1.954, ha de ser probado (no se presume nunca), cosa que no ha conseguido en modo alguno, pues en su referencia a la prescripción que señala el artículo 609 como modo de adquirir el dominio vuelve al punto de partida, sin que la accesión, que también parece alegar, pueda valerle como tal, por tratarse de dos instituciones diferentes que no pueden mezclarse, máxime cuando se le niega la buena fe, todo lo cual hace decaer el oscuro alegato, en el que confunde la mera posesión con el justo título, cuando el artículo 1.940 requiere ambos elementos.

9. En el tercer motivo se alega violación por inaplicación de la doctrina legal sobre accesión invertida, consagrada, entre otras, dice, en las Sentencias de 31 de mayo de 1949, 16 de marzo de 1959, 2 de diciembre de 1960, 17 de junio de 1961, 26 de febrero de 1971, 23 de octubre de 1973 y 15 de junio de 1981; en esta última y en la de 30 de noviembre del propio año se establece que se requiere se trate de una construcción que invada parcialmente el terreno colindante ajeno, realizada de buena fe, a la que el propietario no se haya opuesto, pues con la oposición se hubieran evitado las posteriores consecuencias, y resultado de un todo indivisible, porque la posibilidad de división evitaría todo problema. La desestimación se muestra indeclinable, pues no existió buena fe, tal como señaló la Audiencia, y el local resultante no es en modo alguno indivisible, al estar señaladas las lindes de las diversas comunidades por el punto de colindancia, pudiéndose utilizar los locales, bien por abertura de nuevas puertas, cual se hizo con las ventanas, bien por el interior, desde el portal o hueco de escalera, es decir, que la utilización no presente como absolutamente necesario el acceso por el local del señor L. La inexistencia de accesión invertida no puede servir de título para adquirir por usucapión carta.

10. En el último motivo se achaca interpretación errónea de los artículos 361 y 364 del Código Civil, en relación con el 434 del propio texto legal. No puede estimarse que el señor L. ignorase que el terreno era ajeno, ni que creyese tener sobre él un derecho a realizar la excavación porque, cual señala la Audiencia, sabía que era beneficiario exclusivamente del sótano de una determinada edificación, cuyos propios límites permiten con facilidad conocer los de aquél; triplica, excavando en tierra y rocas, su extensión superficial, abre ventanas en edificios colindantes y todo ello sin prueba alguna, ni siquiera indicaría, de hechos o circunstancias que fundadamente le hubieran permitido creer al iniciar la excavación que ésta era autorizada por el titular del suelo; si a esto se añade que no resulta «un todo indivisible», claro es que la pretendida accesión no existe, ni puede fundarse en ella el justo título para usucapir.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL. SERVIDUMBRE SOBRE ELEMENTO COMUN (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1986).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Carretero Pérez, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de San Sebastián estableciendo los siguientes fundamentos de Derecho:

1. Las sentencias de Primera Instancia y Apelación desestiman la pretensión de la parte actora, que pedía la instalación de una salida de humos desde su local de la planta baja, por un conducto de material incombustible que rebase la altura máxima de la cubierta del edificio, independientemente de sus conductos de ventilación comunes, tal como le era exigido por el Ayuntamiento, en Resolución de 31 de diciembre de 1981, para conceder licencia de apertura de bar-restaurante, como actividad calificada como molesta, en dicha planta baja. La exigencia municipal, así como el hecho de que el edificio tiene diversas salidas individualizadas para los humos de cada piso, constituyen la fundamentación de la pretensión. Su desestimación se basa en la aplicación de los artículos 10, 1; 11, y 16, de la Ley de Propiedad Horizontal, y 394 y 396 del Código Civil, que, según la sentencia recurrida, impiden imponer una servidumbre que se basa en la modificación de destino de bar a bar-restaurante y que grava los elementos comunes, sin el consentimiento unánime de los comuneros.

2. La base de hecho de la sentencia impugnada no desconoce la necesidad de una salida de humos para los fines que se propone el actor, ni niega que las demás viviendas tengan particulares salida de humos, por lo que no puede acogerse el tercer motivo del recurso basado en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho que, por otra parte, carece de apoyo documental adecuado, sino que se limita a poner de manifiesto la diferencia entre la explotación de un bar y la de un bar con restaurante que, evidentemente, requiere una instalación que afecta a la estructura del edificio y a los elementos comunes, y de

esta base de hecho deriva su razonamiento en orden a la constitución de la servidumbre requerida por la actora.

3. La constitución de tal servidumbre de salida de humos exigiría obras que habrían de discurrir por toda la altura del edificio y aun rebasarla, por lo cual no son obras que se ciñan al espacio privativo de la actora, sino que afectan a los elementos comunes, para cuya realización, según reiterada jurisprudencia, se requiere el consentimiento unánime de los condueños, como acto de disposición (Sentencias de esta Sala de 31 de enero de 1985, 4 de marzo de 1985, 26 de marzo de 1985, 29 de abril de 1985, 3 de marzo de 1986 y especialmente la de 12 de febrero de 1986), de donde debe concluirse que la sentencia impugnada interpreta correctamente los artículos 10, 1; 11, y 16, de la Ley de Propiedad Horizontal, y 394 y 396 del Código Civil, pues la obra que se pretende para una actividad molesta altera, evidentemente, el título constitutivo de la comunidad, que quedaría gravada con una servidumbre no necesaria para la adecuada conservación y habitabilidad del inmueble, sino para el uso específico de un local, que no tenía una finalidad que exigiese obras de tal magnitud y que no puede realizarse sin el consentimiento unánime de los comuneros, por lo que deben rechazarse los motivos primero y segundo, amparados en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea y aplicación indebida de las normas citadas.

F. C. L.

B) OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA y
PEDRO CHACÓN

*AUN DESPUES DE DISUELTA LA SOCIEDAD PERMANECE VIVA LA
ACCION DEL ACREEDOR CONTRA LOS BIENES CONSORCIALES*
(SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1986).

Hechos.—El Banco Exterior demanda la nulidad de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales de un deudor suyo, en la que se adjudicaban la mayoría de los bienes a la esposa. El Supremo no acoge la demanda, entendiendo que el derecho del Banco acreedor queda suficientemente garantizado.

Doctrina de la sentencia.—Si bien —como ha hecho notar la doctrina— del sentido general de los artículos 1.399, 1.403 y 1.404 se desprende que debe resolverse la situación del pasivo de la sociedad conyugal y, por tanto, la de los acreedores con precedencia a la división y adjudicación de los bienes, pues antes es pagar que partir, la circunstancia de que no se atienda a la liberación de las cargas y gravámenes y se pase a ultimar la liquidación no significa que la operación practicada resulte radicalmente nula, sino que la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y además el consorte, a diferencia de lo que acon-

tecía en el derecho anterior, responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, pues en otro caso y por aplicación de las normas de las sucesiones (arts. 1.401 y 1.402, en relación con el 1.084), tal responsabilidad será *ultra vires*, por lo que ha podido decirse que con independencia de la que alcanza al esposo deudor, existe una responsabilidad real de la masa de los bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados, todo lo cual determina que aun después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes conсорsiales, como también así lo ha previsto el artículo 144, 2.º, del Reglamento Hipotecario.

J. Q. S.

DAÑOS EN ACCIDENTE DE CIRCULACION: COMPUTO DEL PLAZO
(SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—La doctrina jurisprudencial entiende que, una vez desaparecida la prejudicialidad del proceso penal, el cómputo para la reclamación indemnizatoria por accidente ocasionado con motivo de la conducción de vehículo de motor ha de contarse desde la fijación, en el correspondiente auto ejecutivo, de la cantidad máxima exigible en esta vía.

J. Q. S.

LA RESOLUCION CONTRACTUAL PRODUCE SUS EFECTOS «EX TUNC»
(SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—Es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retrospectivamente desde su celebración, es decir, no con efectos *ex nunc*, sino *ex tunc*, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiere concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido, en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se halla establecido para los casos de rescisión en el artículo 1.295 del Código Civil, al que expresamente se remite el artículo 1.124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para los casos de nulidad en el artículo 1.303, y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el artículo 1.123.

Si los efectos de tal resolución, como se ha dicho, son volver las cosas al estado preexistente, como si el negocio no se hubiere celebrado, es manifiesto que los intereses del precio a devolver serán los legalmente establecidos al tiempo de su percepción, y no los contractualmente pactados.

J. Q. S.

RETRACTO LEGAL DE COHEREDEROS: SOLO PUEDE EJERCITARSE POR QUIEN TENGA ESA CUALIDAD (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—El requisito de que el retrayente ostente la cualidad de coheredero con respecto a la herencia indivisa de la que, por otro coheredero, fue transmitida una porción, empece a que cuando falta tal cualidad, la pretensión no puede prosperar, pues el retracto legal por su intrínseca naturaleza de ser una facultad establecida por la Ley que la concede a persona que se halla asistida de determinados derechos con respecto a los que han sido transmitidos, carece de base cuando tales derechos no existen, para lo que basta considerar que una conclusión contraria conduciría al absurdo de poderse incorporar al patrimonio del retrayente una cosa, supuesto del retracto de comuneros, o un derecho, caso del retracto de coherederos, que ninguna relación guarden con la cosa o derecho del que el mismo es titular.

J. Q. S.

EL AVAL PUEDE CUMPLIMENTARSE EN DOCUMENTO SEPARADO (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—La cuestión planteada viene expresamente regulada por el artículo 36, párrafo 3.º, de la Ley Cambiaria y del Cheque, 19/1985, de 16 de julio, en el sentido de que la falta de indicación de la persona avalada determina que se entienda el aval prestado en favor del aceptante, y en defecto de éste, del librador; pero este precepto, no vigente al libramiento de la letra, ni en la fecha del aval, no contiene en realidad una solución nueva a un problema que la doctrina científica estimaba resuelto, especialmente si al firmarse el aval estaba determinado el obligado principal, que es el aceptante, que viene a significar una aplicación del principio de eficacia proclamado en el artículo 1.284 del Código Civil, en concordancia con el artículo 57 del Código de Comercio, en tanto en cuanto la buena fe requiere el mantenimiento de las obligaciones, en la medida que fomentan y determinan decisiones y expectativas.

El recurrente entiende que es nulo el aval, al mantener que debe consignarse en el aval la persona por la que se sale garante; pero este argumento no puede admitirse, pues la jurisprudencia aceptó la eficacia del aval por documento separado, y no hay razón para pensar que no pueda cumplimentarse con otros documentos y pruebas.

J. Q. S.

LAS ARRAS PENITENCIALES TIENEN CARACTER EXCEPCIONAL (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—En orden a la naturaleza del pacto de arras y su distinción con el contrato de compraventa, ha declarado esta Sala que el concepto de arras no es en Derecho moderno tan simple y uniforme, ya que se admite la existencia de varias clases de las mismas: unas llamadas penitenciales, que son las que parece contemplar el artículo 1.454,

concebidas a manera de multa o pena, correlativa al derecho de las partes a desistir a su arbitrio del contrato; otras, denominadas confirmatorias, que son índice o expresión de un contrato con fuerza vinculante, que no facultan, por tanto, para resolver la obligación contraída y que normalmente corresponden con las entregas o anticipos a cuenta del precio, de lo que es ejemplo en nuestro sistema el supuesto del artículo 343 del Código de Comercio; junto a las cuales pueden ponerse además las conocidas como penales, con las que se confunden cuando lo entregado como «arra» no se imputa al precio, sino que funciona de modo similar a lo que ocurre con la cláusula penal del artículo 1.154, como resarcimiento, en este supuesto, para el caso de incumplimiento y siempre con la posibilidad de reclamar que la obligación pactada sea estrictamente cumplida.

Las dudas que puedan surgir en cuanto a cuál de ellas es la recogida en cada caso concreto, han de resolverse utilizando las normas de interpretación de los contratos, en orden a lo que quisieron que fuese el alcance y eficacia de dichas arras; siendo doctrina constante de la jurisprudencia la de que las arras o señal que como medio de garantía permite el artículo 1.454, tienen un carácter excepcional que exige una interpretación restrictiva de las cláusulas contractuales de las que resulte la voluntad inducida de las partes en aquel sentido.

J. Q. S.

ES IMPROPIO ARTICULAR UN MOTIVO DE CASACION PARA DESVELAR UN ERROR INTRASCENDENTE (SENTENCIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—El motivo segundo del recurso aduce incongruencia de la sentencia recurrida al conceder más de lo solicitado por la parte actora, exceso que se dice consiste en diez pesetas; impugnación que debe ser rotundamente rechazada porque ese mero error mecanográfico en la parte dispositiva de la sentencia del Juez constituye un simple *lapsus calami* sin real contenido económico, fácilmente subsanable en su momento sin más que acudir oportunamente al recurso de aclaración, y es impropio de la seriedad que ha de presidir el debate forense articular un motivo de casación para desvelar el intrascendente error dactilográfico de un guarismo, que prácticamente no entraña gravamen alguno para los obligados al pago.

J. Q. S.

NO PUEDE APLICARSE LA CLAUSULA PENAL CUANDO SE HAN ALTERADO LOS SUPUESTOS BASES (SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—La pena pactada sólo puede aplicarse si una vez establecida sigue aún en vigor al producirse el incumplimiento que sanciona, y no cuando se han alterado los supuestos en base a los cuales se pactó, pues, como declaró la Sentencia de 7 de diciembre de 1959, si dichos supuestos se alteran, la eficacia de tal cláusula desaparece, y así es de estimar cuando convenida la entrega de determinadas obras en cierto día, luego resulta que el volumen de tales obras se aumentó y cambiaron

los precios y hubo además exceso de obra, que no se demostró inútil, haciendo preciso un tiempo mayor que el estipulado, todo lo cual hace variar esencialmente los supuestos básicos de la cláusula penal.

J. Q. S.

NATURALEZA DE LA PRESCRIPCION EXTINTIVA (SENTENCIA DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—Aun cuando la prescripción extintiva, según la más generalizada posición civilista actual, de claro matiz objetivista, tenga una fundamentación primordialmente social: asegurar la certidumbre y firmeza del tráfico jurídico, es lo cierto que la doctrina de esta Sala viene manteniendo en orden al tema una posición que bien puede denominarse mixta o ecléctica, en cuanto fundamenta dicha figura en la idea de la prolongada inactividad como situación fáctica contraria a esa certidumbre y seguridad (Sentencias de 8 de octubre de 1982, 9 de diciembre de 1983 y 4 y 6 de mayo de 1985). Por otra parte, y como tiene igualmente declarado esta Sala con reiteración, la prescripción extintiva, al no estar fundada en razones de intrínseca justicia debe quedar sometida a una interpretación y tratamiento restrictivos (Sentencias de 16 de marzo de 1981 y 2 de febrero de 1984, entre otras). Por último, ha de indicarse que es doctrina igualmente constante de esta Sala que la computación de los plazos iniciales en la prescripción no puede comenzarse sino a partir de que concluyen las actuaciones o los presupuestos fácticos en que se apoye el ejercicio de la acción esgrimida.

J. Q. S.

ILICITUD DEL PACTO COMISORIO (SENTENCIA DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—Aunque hubiese acuerdo para quedarse el acreedor pignoraticio con la cosa dada en prenda, el acuerdo sería nulo, porque el artículo 1.859 del Código Civil declara que «el acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas», y la ilicitud del pacto llamado comisorio ha sido declarada reiteradamente por esta Sala (Sentencias, entre otras, de 3 de noviembre de 1902 y 3 de marzo de 1932), ya que no puede prescindirse para la enajenación de la prenda de los términos prescritos en el artículo 1.872 del Código Civil, todo ello sin perjuicio de que pueden admitirse ciertos pactos, a que alude la Sentencia de 27 de marzo de 1926.

Tratándose de una obligación de dar o entregar, el pago no queda cumplido por la simple actuación del obligado y requiere el consentimiento o aceptación de quien, con arreglo a lo convenido, haya de recibir la prestación; ni, conforme a la Sentencia de 28 de febrero de 1951, puede estimarse hecho el pago hasta que no ha ingresado la totalidad del precio en el patrimonio del acreedor o se le ha proporcionado el equivalente económico, lo que no tiene lugar mediante la entrega en prenda de un objeto cuyo valor se desconoce y cuya venta no se ha instado en la forma ordenada por la Ley.

J. Q. S.

RAZON DE SER DE LA REVISION (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—La revisión constituye un instituto que el legislador ha establecido para a través de un «juicio rescindente» obtener o no la rescisión de una sentencia firme que se estima tuvo su razón de ser bien en supuestos de hecho incompletos, bien en defectos u omisiones formales indebidas, a fin de sustituirla por otra más ajustada a Derecho; por ello, la razón de ser de dicha figura procesal se encuentra, más que en la injusticia de la resolución cuya rescisión se pretende, en la posibilidad de que el órgano jurisdiccional a cuya competencia viene referido su conocimiento, pueda controlar si la misma se dictó como consecuencia de incidir o no el proceso en vicios que en caso de no haberse producido habrían conducido a una sentencia distinta. Por todo ello, al ser la revisión una excepción al principio de cosa juzgada, la interpretación de los preceptos que la regulan ha de realizarse, según constante doctrina de esta Sala, con un muy estricto a la vez que restringido criterio.

J. Q. S.

ELEMENTOS DEL DOLO (SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 1986).

Doctrina de la sentencia.—El dolo no implica precisamente la intención deliberada de ocasionar perjuicios a la otra parte, sino que nace de la conjunción de dos elementos: el empleo de maquinaciones engañosas (que pueden perfectamente consistir en un comportamiento negativo o en una abstención de obrar o dar a conocer algún hecho) y la inducción que esos comportamientos ejercen sobre la voluntad de la otra parte para determinarle a realizar el negocio, de manera que pueda racionalmente presumirse que, de no existir el comportamiento doloso del vendedor, el comprador no hubiese realizado la operación, razonamiento éste que se inscribe en la doctrina de esta Sala cuando, como aquí acontece, la finca vendida estaba incluida en un Plan Parcial de Urbanización y en la superficie originaria de 485 metros cuadrados existe una merma mediante la aplicación del coeficiente correspondiente al Proyecto de Reparcelación, restando una superficie a adjudicar al titular de la finca de 240 metros de edificabilidad, datos que desconocía el comprador, y que el vendedor consciente de estas circunstancias no las advirtió al comprador, siendo incuestionable que los hechos expuestos configuran la existencia del dolo.

J. Q. S.

DOCUMENTO AUTENTICO: CARACTERES A LOS FINES DE LA CASA-CION. ESCRITURA PUBLICA: NO HACE FE DE LA VERACIDAD INTINSECA (SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1986).

Hechos.—Los demandantes y aquí recurrentes, A. A. B. y M. R. L., cónyuges, alegaron en la demanda de Primera Instancia que:

1. Primero y para la sociedad conyugal, perfeccionó con J. V. R., fallecido, cónyuge y padre, respectivamente, de las demandadas, la compraventa de un piso, entregando el día 21 de febrero de 1980 la cantidad de 700.000 pesetas como señal del precio.

2. Al día siguiente 22, ambas partes formalizaron la compraventa en documento privado, en el cual se expresa el precio de 4.158.066 pesetas.

3. Aquel mismo día se hizo entrega al vendedor de un talón al portador y de 1.300.000 pesetas en metálico sin recibo alguno.

4. Además (según la demanda), en el momento de la firma del documento privado, el actor entregó los 2.958.266 pesetas, a que hace referencia el mismo, así como dos letras de cambio por importe de 600.000 pesetas cada una.

Las pretensiones de la demanda se concretaron en que se declara la existencia de un sobreprecio de 6.000.000 de pesetas y la nulidad parcial de la compraventa que otorgaron en escritura pública de 24 de septiembre de 1980 las demandadas, fallecido su causante, momento en el que percibieron el importe de las letras, que, no obstante, retuvieron. Condenándoles, consecuentemente, a la devolución del sobreprecio indebidamente percibido, más el interés legal; y en cuanto a las letras de cambio, su nulidad y carencia de fuerza ejecutiva.

Respecto de las letras, las demandadas reclamaron su importe en reconvención.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda declarando la nulidad parcial del contrato, a los solos efectos del sobreprecio, condenando a las demandadas a devolver la cantidad de 541.734 pesetas, absolviendo del resto de las peticiones; asimismo desestimó la reconvención.

La Audiencia Territorial estimó los recursos interpuestos por ambas partes, declarando que el sobreprecio era de 1.741.734 pesetas, que las demandadas están condenadas a devolver junto con sus intereses legales. Esta cantidad se compensará con la de 1.200.000 pesetas, más intereses legales, desde la fecha de sus protestos, de las dos letras de cambio que son objeto de reconvención, estimada por la Sala en contra del actor, con desestimación de los demás pedimentos de la demanda.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto por el actor.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

Doctrina de la Sala.—5. El motivo debe ser desestimado por cuanto el documento privado que se cita no es auténtico en el sentido y a los fines del número 7.º (antiguo) del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues, como se ha comprobado al reproducirse los razonamientos de la Audiencia, ésta no ignoró su existencia y los términos en que aparece redactado, pero con la libertad que la Ley le otorga para valorar la prueba, entendió que esa cantidad formaba parte de la mayor de 4.000.000 de pesetas a que también se refiere; apreciación que, con el documento a la vista, no se evidencia como errónea, y sabido es que la autenticidad, a los fines de la casación, sólo es dable predicarla de aquellos documentos que además de su legitimidad de origen y fehaciencia de contenido, por sí solos y sin ningún otro elemento demostrativo y sin precisar interpretaciones o deducciones, hagan prueba plena.

7. En el tercero de los motivos la atención del recurso se aplica a la escritura pública de 24 de septiembre de 1980 otorgada en favor de los compradores demandantes y recurrentes por las dos demandadas, y concretamente a la expresión que contiene de que el precio figurado en dicho

instrumento (que es el legal de 4.158.266 pesetas), «la parte vendedora confiesa tenerlas recibidas con anterioridad a este acto por lo que da carta de pago»; entendiéndose que dicha expresión es incompatible con la subsistencia de una parte del precio sin satisfacer, representada por las dos letras de cambio de 600.000 pesetas cada una. Respecto de estas letras, dice el motivo que la hermana del actor (que, en efecto, otorga la escritura en representación del mismo) «procedió a pagar a las señoras demandadas la cantidad de 1.200.000 pesetas, que era el importe total de las dos letras de cambio pendientes de pago, las señoras demandadas alegaron problemas de localización de letras y manifestaron la imposibilidad de entregarlas en ese momento a la hermana». En esta manifestación, incompatible con la subsistencia de las letras, el motivo en examen ve una infracción del párrafo 2.º del artículo 1.218 del Código Civil, a tenor del cual los documentos públicos «harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros». Pero, como es sabido, una cosa es la realidad de haberse vertido ante el fedatario público las manifestaciones de las partes constatadas en la escritura y otra distinta que dichas manifestaciones se correspondan con la realidad, puesto que la fehaciencia no alcanza más que al hecho de la vertencia y a sus términos, pero no llega hasta la veracidad intrínseca. Por tanto, no estaba la Audiencia en la necesidad legal de dar por real y verdadera esa concreta manifestación de haber la parte vendedora percibido en la fecha de la escritura la totalidad del precio, y procedió dentro de las atribuciones que tiene conferidas al combinar esa escritura pública con todas las otras probanzas para establecer el *factum*, al que es preciso atenerse.

NOTA.—La reforma urgente y parcial de la Ley de Enjuiciamiento Civil, llevada a cabo por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, suprimió el requisito de autenticidad del documento a efectos de la casación, siendo ahora «suficiente» que el error en la apreciación de la prueba se base en documentos que obren en autos que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios. Estas dos condiciones que aporta la reforma en el artículo 1.692, número 4, ya las recogía anteriormente la jurisprudencia. Por otra parte, conviene señalar que la jurisprudencia sigue siendo muy restrictiva a la hora de estimar un recurso basado en este número del artículo 1.692, y ello en su afán de evitar que la casación se convierta en una tercera instancia.

PEDRO CHACÓN

CONTRATO DE SEGURO; DEBERES CONTRACTUALES DEL ASEGURADO: NO EXISTE ALTERACION DEL ESTADO DE RIESGO, NO HAY DECLARACION INEXACTA EN CUANTO A LA DESIGNACION DE LA COSA (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1986).

Hechos.—Don J. G. S. suscribió una póliza de seguro contra incendios por la que aseguraba las existencias de mariscos y helados depositados en una cámara frigorífica, así como el valor de la misma, con la compañía aseguradora C., siendo el capital o suma asegurada de 10.000.000 de pesetas. En dicha póliza se estipuló una sobreprima para amparar los daños acaeci-

dos por la detención en el funcionamiento de los generadores del frío a consecuencia de irregularidades en el suministro de energía.

Tal siniestro aconteció produciendo la putrefacción de las mercancías depositadas en el frigorífico.

La compañía rehusó las consecuencias económicas que de este siniestro se derivaban en virtud del contrato de seguro, basándose en un incumplimiento por parte del asegurado de sus deberes contractuales. Por ello, don J. G. S. entabló el juicio declarativo de mayor cuantía sobre reclamación de cantidad, que da lugar al presente recurso de casación.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, condenando a la compañía a pagar la cantidad resultante de la tasación prevista en uno de los considerandos de la sentencia más los intereses legales resultantes.

La Audiencia Territorial, estimando en parte el recurso interpuesto por la compañía, condenó a ésta a pagar al actor la cantidad que se determine en período de ejecución de sentencia, de acuerdo con las bases que se establecen en su sentencia con absolución de las demás pretensiones.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Jaime de Castro García.

Doctrina de la Sala.—2. Inalterados en su integridad los componentes de la relación fáctica en que se basa la Sala de Instancia, pues todos los motivos han sido articulados por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable al caso en su texto anterior a la reforma, y no acudiendo a la vía del número 7.º, denuncia el inicial de aquéllos violación de los artículos 1.258 del Código Civil y 57 del Código de Comercio, en relación con el 1.104 del primero, atribuyendo al asegurado falta de diligencia «al no guardar la debida vigilancia sobre la cámara frigorífica y las existencias en ella almacenadas, al no adoptar las más elementales medidas de previsión y cautela y ausentarse del local durante más de nueve días»; impugnación desestimable, pues si ciertamente la pauta de la buena fe en el desarrollo del contrato impuesta por tales normas y el artículo 7, párrafo 1.º, del Código Civil, pone a cargo del tomador del seguro, antes que se produzca el siniestro, el deber de no alterar el estado de riesgo realizando cualquier acto o incurriendo en una omisión que suponga su incremento, según así lo tiene previsto algún ordenamiento foráneo (entre otros, Código italiano, art. 1.914) con fórmula que habla de evitar el daño, y también se infiere de los artículos 10 y 11 de la vigente Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980, es lo cierto que no cabe atribuir al recurrido inobservancia de la diligencia exigible a un prudente tomador del seguro, hipótesis que el Tribunal *a quo* descarta razonando que en la póliza no se contiene obligación de vigilancia sobre la cosa asegurada, aparte de que el salto de un fusible por anomalías en la red de alimentación es un evento ajeno a todo posible descuido en el mantenimiento de la cámara frigorífica, aserto no combatido en el recurso con la cita del indispensable documento auténtico, condición que no reúne el acta levantada por el Inspector Municipal Veterinario —a la que se alude—, cuando además la pretendida circunstancia de que el siniestro no fuera advertido por el asegurado hasta cinco fechas más tarde de su realización, a causa de su ocasional alejamiento de la ciudad, no entraña sin más olvido de la normal prudencia, máxime cuando falta toda aportación técnica para acreditar que la pérdida del marisco se habría redu-

cido de ser retirado de su almacenamiento a las pocas horas de producida la avería.

3. El deber del tomador del seguro de no agravar voluntariamente el riesgo con posterioridad a la celebración del contrato requiere para tenerlo por infringido que se trate de una agravación esencial, normalmente referida al criterio subjetivo de que el asegurador no habría contratado de haber conocido el hecho determinante del aumento del riesgo o hubiera concluido el convenio con estipulaciones distintas, como declara la legislación comparada y lo dispone el artículo 11 de la citada Ley de 8 de octubre de 1980, bien entendido que de ordinario se tratará de un supuesto necesitado de prueba pericial; pero en el caso debatido no puede sostenerse que por la sola circunstancia de haberse almacenado en la cámara frigorífica, además del marisco y los helados que la póliza menciona, 10.000 kilogramos de lubina y mero, el asegurado haya cometido un acto propio modificativo del estado de riesgo previsto, ocasionando su agravación, como argumenta el motivo segundo del recurso, que aduce la interpretación errónea del artículo 385 del Código de Comercio, pues en las actuaciones no figura elemento alguno demostrativo de que la elevación se hubiera ocasionado.

4. El deber de declaración exacta del asegurado en cuanto a la designación de la cosa ha de ser relacionado con la calificación del seguro como contrato informado por la buena fe y con la ponderación del posible riesgo, agravado con la declaración desleal del tomador del seguro, pues así se desprende de los artículos 381, números 1.º y 3.º, y 391 del Código de Comercio, que al acoger el principio de la identidad del objeto asegurado y de la consiguiente del riesgo, disponen que la grave medida de la nulidad únicamente surgirá cuando la sustitución o cambio de los objetos asegurados se haga por otros de distinto género o especie no comprendidos en el seguro, todo lo cual significa una diversidad objetiva que puede influir en la producción del riesgo o en su valoración, como también señala el artículo 10 de la precitada Ley especial; a tenor de lo cual se impone la repulsa del motivo tercero del recurso, fundado en vulneración por interpretación errónea de dicho artículo 391, en relación con el 385, del Código de Comercio, porque el hecho de que el «motor Asíncrono Unilec GEE de cuatro H.P.», designado en las condiciones particulares, fuera en realidad una máquina de la misma marca y características, pero con potencia superior en dos caballos, ni quebranta las exigencias de la *uberrima fidei contractus*, ni se trata de cosa realmente diversa, ni, en fin, obra en el proceso antecedente alguno que permita sospechar siquiera que se haya originado un incremento en el riesgo, como también requieren los apartados a) y c) del artículo 14, párrafo I, de la póliza.

5. Afirmado por la sentencia recurrida, como también lo hiciera la pronunciada en el primer grado, que «las mercancías perdidas se cifran en 3.000 kilogramos de calamares; 6.000 kilogramos de gambas, langostinos y cigalas, y cuatro cajas de helados marca Kalisco, cantidades y calidades que se señalan en la demanda y cuya preexistencia aparece ratificada por el conjunto de las pruebas de la parte actora y no desmentida por las pruebas de la parte demandada», es manifiesto que no puede ser acogido el motivo cuarto del recurso, que una vez más acudiendo el número 1.º del artículo 1.692 denuncia interpretación errónea del artículo 405 del Código de Comercio, por entender que el asegurado no justificó suficientemente la preexistencia de tales mercaderías, cuando menos en la cantidad que se

expresa; pues no se oculta que la valoración probatoria efectuada por la Sala, basada por lo demás en medios de convicción estimables, sólo podría ser censurada mediante el número 7.º del propio precepto rituario, del que se prescindió, realizando en su lugar un análisis parcial e interesante de la prueba practicada como si de una nueva instancia se tratara.

6. No mejor fortuna merece el motivo quinto del recurso, que alega interpretación errónea del artículo 397 del Código de Comercio, «que dispone que la garantía del asegurador sólo se extenderá a los objetos asegurados y en el sitio en que lo fueron, no excediendo su responsabilidad en ningún caso de la suma en que se hubiesen valorado los objetos o estimado los riesgos», precepto que el asegurador entiende vulnerado al fijar la sentencia combatida como indemnización la cifra de 10.000.000 de pesetas, cuando en criterio del recurrente, conforme a lo estipulado en la «sobreprima» del suplemento, la póliza «sólo cubre el 80 por 100 del capital asegurado por existencias, por lo que la cobertura por tal concepto no puede exceder de 8.000.000 de pesetas», ya que, como es palmario, el hipotético error *in iudicando* se reconduce a un vicio en la interpretación del contrato de seguro que a los contendientes liga, labor hermenéutica llevada a cabo por el Tribunal de alzada, cuya revisión exige por modo inexcusable la cita de la norma del Código Civil sobre la materia (arts. 1.281 y sigs.) que se considera infringida, invocación que el recurrente no hace.

PEDRO CHACÓN

INCONGRUENCIA POR VARIACION DE LA «CAUSA PETENDI». ALTERACION DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE PRESTAMO SIN EL CONSENTIMIENTO DE LOS AVALISTAS (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—La C. A. P. demandó a la compañía mercantil I. B. S. L. y a C. C. G. y G. A. C. (éstos como avalistas de aquélla) en juicio ejecutivo basado en una póliza de préstamo. En dicho juicio se estimó la oposición formalizada por I. B. S. L. por defecto extrínseco de la póliza al no corresponder la cuantía del efecto timbrado con el capital prestado dado su vencimiento superior a seis meses. Los avalistas estuvieron colocados en rebeldía, si bien confesaron ser ciertas y suyas las firmas estampadas en la póliza.

Posteriormente, el 22 de mayo de 1980, la Caja demandó únicamente a los avalistas, en juicio del que dimanaba este recurso de casación, en reclamación de la cantidad de 3.437.500 pesetas en concepto de principal e intereses del préstamo concedido por dicha entidad a I. B. S. L., por la cual firmaba don C. B. el 10 de junio de 1970.

Sin embargo, quedó probado en el juicio que tales datos de la póliza eran fruto de añadidos y raspaduras posteriores a la firma de la misma por los avalistas, ahora demandados, ya que originariamente quien figuraba como prestatario era I. B., pero como empresa individual, cuyo titular era el señor C. B. Además, la fecha, tanto de creación como de vencimiento del préstamo, habían sido «corregidas».

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda.

La Audiencia Territorial estimó el recurso interpuesto por la C. A. P.,

condenando a C. C. G. y a G. A. C. solidariamente al pago de la cantidad reclamada por la demandante.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación anulando y dejando sin efecto la sentencia de la Audiencia y confirmando la de Primera Instancia.

Ponente: Don Cecilio Serena Velloso.

Doctrina de la Sala.—2. Que los antecedentes reseñados conducen derechamente a la estimación del recurso por su motivo primero, que denuncia vicio de incongruencia por cuanto, en efecto, la «causa *petendi*» de la demanda no es otra que la póliza, pero en su actual literalidad, mientras que la sentencia se basa en la misma póliza tomándola no según dicha literalidad, sino antes de introducirse en ella las sustanciales alteraciones de datos esenciales, como las fechas de creación y vencimiento e identidad del avalado, lo que equivale a apoyar el fallo condenatorio en otros convenios distintos de los invocados en la demanda, en la cual se parte de la realidad de un préstamo de 2.500.000 pesetas en favor de «la entidad prestataria», que no puede ser otra que la Sociedad Limitada ejecutada en el juicio antecedente y que según los términos existentes en el efecto originariamente no consta fuese avalada por los aquí demandados; y cuando no por su motivo segundo, que denuncia infracción del artículo 1.261 del Código Civil, por cuanto ciertamente el consentimiento prestado por los avalistas no aparece aplicado a esos datos que alteraron los consignados en el efecto que originariamente habían suscrito, variado posteriormente, sin su conocimiento, en puntos esenciales.

PEDRO CHACÓN

RESOLUCION DE CONTRATO DE COMPRAVENTA A TENOR DEL ARTICULO 1.504: CARACTER DE LA VOLUNTAD DELIBERADAMENTE REBELDE AL CUMPLIMIENTO. OFERTA DE PAGO. FALTA DE SERIEDAD (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—Con fecha 27 de octubre de 1973 convinieron verbalmente los litigantes la compraventa de un piso con aplazamiento del pago, pero sin constancia de sus términos.

El 26 de octubre de 1974, en acto de conciliación celebrado a instancia del vendedor, quedó requerido el comprador al pago del precio y comprometido a realizarlo en el plazo de cuarenta días.

Tres años después, el vendedor demandó en juicio al comprador para que se declarase la resolución del contrato de compraventa, recayendo sentencia desestimatoria por no poder considerarse como requerimiento previo, exigido por el artículo 1.504, el acto conciliatorio celebrado en 1974, por el tiempo transcurrido. Estando todavía pendiente este juicio, el comprador depositó en una Notaría el importe del precio a disposición del vendedor, que no lo aceptaba por encontrarse la cuestión pendiente de juicio, a cuya sentencia se remitía, por lo que el comprador retiró el importe consignado.

Con fecha de 5 de diciembre de 1978, el vendedor requirió notarialmente al comprador, y posteriormente, el 27 de diciembre de ese mismo año, entabló la demanda de la que dimana el juicio que da lugar al presente recurso.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda declarando resuelto el contrato.

La Audiencia Territorial desestimó el recurso.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Excelentísimo señor Serena Velloso.

Doctrina de la Sala.—4. Que al respecto de cuál sea esa voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación de pagar el precio del inmueble comprado, esta Sala no ha efectuado el señalamiento de conductas que la representen de un modo exclusivo, pues unas veces será «la ejecución por parte del comprador de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable, impida el cumplimiento», mientras que en otras «lo decisivo» será «una verdadera omisión de su prestación por parte del comprador, incumplimiento que no implique un mero retraso o demora en el pago, sino dejar de cumplir la prestación principal indefinidamente»; añadiéndose que «para determinar ese incumplimiento no han de entrar en el conjunto valorativo las simples obligaciones accesorias o complementarias que no fueron elevadas por las partes a presupuesto esencial de sus respectivas declaraciones de voluntad», representándolo en el caso contemplado por la sentencia de 22 de octubre citada: «un evidente retraso en el pago del precio sin justificación, en que las vendedoras hubiesen incumplido una supuesta obligación que no figura en el contrato originario ni en sus posteriores modificaciones», siempre en el bien entendido de que «la actitud incumplidora sancionable con la resolución por hallarse informada de tal ánimo vulnerador de lo pactado viene, en principio, demostrada por el hecho mismo de la ineffectividad del precio contraviniendo la obligación asumida, siempre que no medien circunstancias denotadoras de que al adquirente no le es reprochable la falta de la prestación, particularidades que habrán de ser oportunamente alegadas y probadas».

5. Que para evidenciar que el comprador, aquí recurrente, incidió inequívoca y clamorosamente, pese a lo que alega el motivo cuarto de su recurso, en el supuesto de la voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de la obligación de pagar el precio de 500.000 pesetas en que se halla desde que expiró el plazo de cuarenta días siguientes al conciliatorio de 26 de octubre de 1974, no hay sino abundar en los acertados razonamientos de la Audiencia, la que no encuentra justificación para ello en una pretendida actitud opuesta por la vendedora, negándose sin razón a recibir el precio, pues no constando acreditado ningún ofrecimiento de pago anterior a la primera demanda del año 1977, de los realizados durante su tramitación, en el escrito de contestación, en el acta de 6 de septiembre de 1978 y en el acto de conciliación de 12 del mismo mes, no sólo el del día 6, revestía (dígase otra vez) razonables visos de seriedad al ir acompañado del depósito de su importe en la Notaría y fue justificadamente rechazado por la vendedora, quien entendía resuelto el contrato y tenía pendiente a la sazón declaración judicial en tal sentido; mas una vez firme la Sentencia de 18 de septiembre de 1978, en cuyos fundamentos no es posible penetrar, si realmente hubiera permanecido en el ánimo del comprador (como lo estuvo en el día 6) la pronta extinción de la obligación de pagar, pendiente de años atrás, hubiera realizado los actos conducentes, excusando el nuevo requerimiento notarial de 5 de diciembre de 1978 y el juicio de que el presente recurso dimana; razonamientos que aparejan

hayan de ser desestimados, como los tres motivos primeros, también el cuarto.

PEDRO CHACÓN

CONTRATO DE OBRAS: INCONGRUENCIA POR ALTERACION DE LA CAUSA DE PEDIR. NATURALEZA JURIDICA DE LA RESPONSABILIDAD DECENAL DEL ARQUITECTO. ALTERNATIVIDAD RESPECTO A LA CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1985).

Hechos.—La entidad mercantil B. B. S. A. formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía sobre realización de obras contra E. S. A. y F. C., motivada por las graves deficiencias aparecidas con ocasión de la ampliación de un hotel de su propiedad realizada por E. S. A. como constructora y bajo el proyecto y la dirección del arquitecto F. C.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda condenando a F. C. a realizar las obras necesarias para la reparación del edificio y a indemnizar las cantidades que el demandante dejara de percibir con motivo del cierre temporal que produjeran las obras, y absolvió a E. S. A.

La Audiencia Territorial confirmó la sentencia apelada.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Mariano Martín-Granizo y Fernández.

Doctrina de la Sala.—1. Se formula el primero de los motivos con amparo procesal en el ordinal 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Ritos, por considerar quien lo mantiene que la resolución del Tribunal *a quo* viola en su aspecto negativo el artículo 359 de aquella Ley, «al alterar la sentencia recurrida la causa de pedir, tanto en su fundamentación jurídica cuanto en su apoyo fáctico, y resolver una cuestión distinta y por fundamentos distintos a los propuestos por las partes», ya que, según el recurrente, no obstante haberse ejercitado la acción de responsabilidad decenal del artículo 1.591 del Código Civil por razón de la ruina parcial del edificio, la resolución que se impugna «acoge una acción de responsabilidad contractual derivada del artículo 1.098» del citado Cuerpo legal.

2. La indicada motivación ha de fracasar, ya que en su formulación no se ha tomado en consideración: Uno. Que cual suele acontecer en toda contienda procesal, lo ofrecido por las partes al órgano judicial en esta litis han sido hechos, consistiendo la tarea del juzgador en aplicar a los mismos la normativa pertinente. Dos. Que lo interesado en este juicio con base en la responsabilidad que respecto de la actora tenía el Arquitecto y a su vez proyectista y director de la obra, fue, además de la subsanación de los defectos y vicios experimentados en la misma como consecuencia de la incorrecta dirección del demandado y hoy recurrente, la indemnización de los daños y perjuicios de ello derivados. Tres. La sentencia impugnada ha resuelto, por tanto, de acuerdo con el *petitum* de la demanda y siguiendo una muy reiterada doctrina de esta Sala, a tenor de la cual: a) El principio de congruencia exige no alterar las sustanciales pretensiones de las partes. b) Ello no requiere una literal sumisión del fallo a las peticiones formuladas por los litigantes y sí únicamente que el mismo guarde el debido acatamiento al componente jurídico de la acción, así como a las bases fácticas aportadas por los contendientes, que es precisamente lo realizado aquí por el Tribunal *a quo*. c) Por último, el principio *iura*

novit curia autoriza al juzgador sin que ello implique incidir en incongruencia y siempre, claro es, que se guarde el debido respeto a esos componentes fácticos que se dejan indicados, a emitir su juicio crítico y valorativo sobre los mismos del modo que entienda más apropiado, incluso aplicando normas no invocadas por las partes, dado que la congruencia no le impide aplicar los preceptos legales que estime son más oportunos al caso controvertido.

5. El mismo resultado desestimatorio merece la tercera motivación, en la que se alega interpretación errónea del artículo 1.591, párrafo 1.º, del Código Civil, dado que, en opinión de quien impugna, la responsabilidad decenal del Arquitecto prevista en dicho precepto no es alternativa frente a la contractual, sino que opera sólo cuando ésta se hubiere extinguido con la recepción de la obra por parte del propietario, lo cual lleva consigo que para el recurrente la responsabilidad decenal excluya cualquier otra, razonamiento que no puede aceptarse, además de por lo que se ha dejado indicado en el primero de estos fundamentos para rechazar la imputación de incongruencia alegada: a) Porque no es rigurosamente exacto que la sentencia impugnada haya declarado la alternatividad de la responsabilidad decenal frente a la contractual, como tampoco lo es, cual se pretende en el motivo, que dicha responsabilidad del Arquitecto excluya cualesquiera otra del mismo, en cuanto la naturaleza de la obligación responsabilicia de referido profesional depende evidentemente de quien pueda ser el sujeto perjudicado, razón por la cual podrán tanto surgir como concurrir, según los casos, lo mismo la contractual *stricto sensu*, que la extracontractual e incluso la *ex lege*, esta última como consecuencia del mero incumplimiento de la *lex artis*. b) Porque declarada como probada la existencia de los defectos y su imputabilidad al Arquitecto recurrente, las consecuencias de ello derivadas serán las mismas se apliquen unos u otros preceptos, por lo cual y en virtud del principio de economía procesal tantas veces proclamado por esta Sala, la motivación sería desestimable.

6. El motivo cuarto acusa como infracción la interpretación errónea del artículo 1.098, al responsabilizar objetivamente al Arquitecto de actos que, en opinión del mismo, eran imputables a terceros, cuando según la motivación lo que contempla dicho precepto no son «las reparaciones de la obra efectuada, sino exclusivamente la realización de la obra en forma diversa a la pactada», interpretación ésta de referido precepto que peca de subjetivismo, en cuanto, como tiene declarado este Tribunal reiteradamente y así se recoge en la sentencia recurrida al reproducir los argumentos y razones de la de Primera Instancia, en los casos de ejecución parcialmente defectuosa dicho cumplimiento inadecuado origina responsabilidad por parte del Arquitecto, en este caso, frente al que le encargó el proyecto y dirección de la obra, o sea, «Balneario Roquetas, S. A.». Y todo ello sin olvidar que en la sentencia recurrida no se responsabiliza objetivamente a quien impugna, sino que se le atribuye «una culpa determinada por la omisión de la diligencia especial exigible por sus conocimientos técnicos», tesis que está conforme con la ya apuntada doctrina de esta Sala, que centra la responsabilidad de los Arquitectos en la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, lo que no cabe confundir con la diligencia de un hombre cuidadoso, razón por la cual el dueño de la obra no necesita probar la culpa del Arquitecto, siendo suficiente demostrar el

incumplimiento, construcción ésta que contiene cierta objetivación de la responsabilidad de dichos profesionales.

PEDRO CHACÓN

CONTRATO DE OBRAS: LA RESPONSABILIDAD DECENAL DEL ARTICULO 1.591 INCLUYE LA ACCION DE CUMPLIMIENTO. COSTE SUPERIOR DE LA REFACCION RESPECTO AL PACTADO (SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 1986).

Hechos.—La comunidad de propietarios X entabló juicio declarativo de mayor cuantía contra M. C., A. B., A. M. y G. B. Estos realizaron unas obras de reparación en el tejado o cubierta del edificio ocupado por dicha comunidad. El mal estado en que quedaron los trabajos realizados son el motivo de este juicio, en que el demandante solicitó que se condenara a los demandados a realizar las obras suficientes para dejar la cubierta en perfectas condiciones, y caso de negarse, a que se realizaran a su costa y a que indemnizaran a la actora por la totalidad de los daños y perjuicios producidos o que se produjeran con ocasión de las obras antes dichas.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda condenando a los demandados a aquellas pretensiones del demandante referidas a la realización de las obras suficientes para dejar la cubierta en perfecto estado, bien por ellos o bien a su costa, y absolviéndoles de las demás pretensiones.

La Audiencia Territorial estimó en parte el recurso de la comunidad de propietarios condenando a los demandados, además de a lo anterior, a indemnizar daños y perjuicios a los demandados. Estimando, también en parte, el recurso interpuesto por estos últimos condenó a la comunidad de propietarios a pagar la parte de precio pendiente (lo cual ya había sido pedido en reconvencción al Juez de Primera Instancia y rechazado por éste).

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados.

Ponente: Don Carlos de la Vega Benayas.

Doctrina de la Sala.—2. El demandado comparecido y reconviniendo interpone contra tal fallo el presente recurso de casación y es en el motivo primero, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley Procesal aplicable, donde impugna la última consecuencia aludida en el fundamento anterior, es decir, el mayor coste que entraña la refacción de la obra, superior al previsto en el contrato, en realidad esencial argumento de todo el recurso. A tal fin denuncia la aplicación indebida del artículo 1.258 del Código Civil, por entender que la condena excede o se extiende a «situaciones, condiciones o trabajos no incluidos» en el contrato, a «obras no pactadas» con un coste del doble del primitivo, añadiendo el recurrente que si la obra fue mal ejecutada, lo propio sería ejercitar otra acción o la de daños y perjuicios, que autoriza el artículo 1.591 del Código Civil.

3. El artículo 1.258 del Código Civil establece que los contratos «obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes

a la buena fe, al uso y a la Ley». Del texto resulta, por tanto, que en todo contrato, sobre todo en los bilaterales, se da o prevé un núcleo propio, que es el contenido en sus cláusulas explícitas o bien en las implícitas, que aparecen o se manifiestan en el desarrollo del mismo. Y hay también otras vinculaciones, que son las consecuencias naturales derivadas de aquéllas, en cierto modo complementos necesarios o útiles para la total realización del convenio, para que tenga plena la traducción o paso de lo en él previsto a la realidad (consumación del contrato). Esas consecuencias o subsecuencias que completan el programa contractual hallan su fundamento vinculante o en el mismo contrato, en sus indicaciones explícitas o implícitas, o en la norma o principio general de la buena fe, que impide el perjuicio, como el beneficio injustificado, aparte de las derivadas del uso o de la Ley, es decir, el ajuste o equivalencia de las prestaciones. Se exige, por supuesto, una íntima relación de dependencia —una natural consecuencia— entre lo más o menos previsto y sus post-deberes o post-obligaciones que surgen *naturaliter modo* del propio cumplimiento contractual.

4. Pero es evidente que lo que en el caso se pide, y se resuelve en la sentencia recurrida, es el cumplimiento correcto, debido al defectuoso realizado por los contratistas demandados que hoy recurren. Ni siquiera se solicita tal cosa como derivación o subsecuencia contractual, porque lo pedido afecta al propio núcleo obligacional del pacto. Ocurre que el demandado estima que la obligación que ahora se le impone a consecuencia de la acción de cumplimiento (una de las posibles del art. 1.124 del Código Civil) es excesiva o va más allá del contrato en relación al coste o precio originario, en cuanto ha de rehacer lo mal hecho. Pero eso no puede calificarse como infracción del artículo 1.258 del Código Civil. Justamente ese artículo es el que impone la atribución de esa responsabilidad («los contratos obligan al cumplimiento»), pero, y esto es importante, conectada con lo dispuesto en la Ley (arts. 1.088, 1.089, 1.091 y 1.101 del Código Civil) al regular el incumplimiento y sus consecuencias, siempre que ello sea imputable —por culpa— al contraventor del contrato, como aquí es el caso y se declara en la sentencia que se impugna; es decir, cuando no se trate de una onerosidad excesiva sobrevenida y ajena al cumplimiento contractual de las partes, pues no sería justo ni acomodado a la buena fe excluir unas consecuencias económicas (necesarias para el cumplimiento íntegro) cuya mayor onerosidad se debe al propio incumplimiento culpable por omisión del deber exigido por el tenor de la obligación y de las reglas —*lex artis*— de toda buena construcción.

5. Se impone, pues, la desestimación del motivo y también de los dos restantes, en realidad facetas del único tema propuesto. Y es así porque no puede decirse (motivo segundo) que se haya inaplicado al caso el artículo 1.281 del Código Civil, relativo a la interpretación del contrato, porque claro se manifiesta éste al convenir en que la obra contratada comprendía tanto la impermeabilización como el retejado del inmueble, y de ello se aparta la sentencia recurrida cuando, de acuerdo con la prueba pericial, condena a reconstruir toda la obra mal hecha porque la que todavía no está afectada por los defectos acusados en realidad lo estará por repercusión de la otra, y esto en verdad sí que puede ser calificado como una consecuencia natural (física) del incumplimiento y una aplicación correcta del artículo 1.258 del Código Civil; y en cuanto al ter-

cer motivo, que denuncia la violación del artículo 1.591 del mismo Cuerpo legal, porque tal norma no ha sido en modo alguno infringida, en tanto que la referencia a la acción que autoriza para exigir daños y perjuicios por ruina de los edificios no excluye la que el contratante perjudicado pueda utilizar para exigir el cumplimiento correcto, tal como se ha expuesto.

PEDRO CHACÓN

INFRACCION DEL ARTICULO 1.253: REQUIERE LA UTILIZACION POR EL TRIBUNAL «A QUO» DE LA VIA PRESUNTIVA. INVOCACION INCORRECTA DEL NUMERO 1 DEL ARTICULO 1.692. NO CABE EL RECURSO DE CASACION PARA IMPUGNAR ERRORES ARITMETICOS (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO DE 1986).

Hechos.—El Colegio Oficial de Arquitectos de X formuló demanda de mayor cuantía contra S. S. A. sobre reclamación de 1.854.966 pesetas más sus intereses, debidos a dos Arquitectos a quienes la demandada había encargado del proyecto básico y de ejecución y la dirección de las obras de un edificio.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda.

La Audiencia Territorial confirmó la sentencia de Primera Instancia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

Ponente: Don Antonio Fernández Rodríguez.

Doctrina de la Sala.—1. Es de desestimar el primero de los motivos en que se apoya el recurso de casación de que se trata, que la entidad recurrente, «S. S. A.», fundamenta, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción en vigor al tiempo de la interposición del recurso, por pretendida violación del artículo 1.253 del Código Civil y jurisprudencia de esta Sala que cita, porque la Sala sentenciadora de Instancia para llegar a la solución que acoge se basa no en módulos presuntivos probatorios, sino en apreciación de prueba directa emanante de la suscripción por dicha entidad recurrente, inicialmente demandada, de la hoja de encargo de proyecto básico y de ejecución y dirección de las obras de un edificio, pues para considerar que éste haya sido infringido por causa de violación se requiere que el órgano judicial cuya resolución sea objeto de recurso llegare a consecuencias probatorias con razonamientos deducidos por vía presuntiva, y no por vía directa, que es la utilizada por el Tribunal *a quo*, que para desvirtuarla habría de ser no sobre la base del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente al tiempo de la interposición, cual se ha efectuado, sino sobre la del error de hecho que ampara el número 7.º de igual precepto, a la que no acudió el recurrente; aparte que el motivo que se contempla lo que en realidad comporta es establecer una nueva valoración de la prueba tratando de sustituir el recurrente con su personal, privativo y subjetivo criterio a que llegó el sentenciador de Segunda Instancia, pretendiendo hacer supuesto de la cuestión, lo que no es procedente en casación según tiene reiteradamente declarado esta Sala, dado que tal singular y extraordinario recurso, por su especial naturaleza y características, solamente tiende a determinar si

con base en unos determinados hechos, vinculantes en casación, es procedente la solución jurídica establecida.

2. A igual solución desestimatoria es de llegar en cuanto al motivo segundo, formulado subsidiariamente para el supuesto de la no acogida del primero, amparado, como el anterior, en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Trámites Civil, en alegada interpretación errónea del Decreto número 2512/1977, de 17 de junio, que aprobó la tarifa de honorarios de los Arquitectos, concretamente lo dispuesto en la tarifa I, apartado 1, 10, en relación con el 1, 81, y lo pactado en la hoja de encargo, y que el recurrente entiende supondría una minoración cuantitativa de la exigua cantidad de 166 pesetas, con relación a la amplia suma de 1.854.966 pesetas que la recurrida sentencia reconoce como de procedente abono, puesto que el planteamiento de tal solicitud reductora de la precitada exigua cantidad de 166 pesetas, con relación a la mencionada total reconocida de 1.854.966 pesetas, en realidad y en definitiva implica una cuestión de hecho encaminada a desvirtuar, en ese pretendido aspecto minorativo, la indicada total cantidad que la resolución impugnada establece, que como de tal naturaleza tenía su cauce adecuado no en el número 1.º del precitado artículo 1.692, al que acudió el tan aludido recurrente, sino en el número 7.º del mismo precepto, al que dicho recurrente no acudió; aparte que, en todo caso, este exceso, de resultar exacto conforme a las bases establecidas por la repetida sentencia recurrida, significativo según queda expuesto de invocación a error aritmético material o de cuenta, su cauce subsanador adecuado tiene su ámbito tomando en consideración las cifras de partida, deducción y final incorporadas al fallo, según tiene declarado esta Sala en la reciente Sentencia de 18 de octubre de 1983, sin precisión de acudir al extraordinario recurso de casación, bien mediante la utilización del remedio previsto en el artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o ya de no haber acudido a él o de no haber podido efectuarlo por producción del error material precisamente en auto aclaratorio derivado de la actividad de la Sala sentenciadora de Instancia, a solicitud de la entidad demandante, ahora recurrida, «Colegio Oficial de Arquitectos de Cataluña», por consecuencia de lo normado en dicho artículo 363, en la fase de ejecución de sentencia en que se alega producido error material aritmético, siguiendo la orientación dada jurisprudencialmente con adelanto al tratamiento que a los errores de la clase de los aritméticos, como a todos los materiales o de puro hecho, asigna para la vía administrativa el artículo 111 de la Ley de Procedimiento Administrativo y que actualmente ha extendido expresamente a todo el ámbito jurisdiccional la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio, al establecer en el apartado 2 de su artículo 267 que «los errores materiales manifiestos y los aritméticos podrán ser rectificadas en cualquier momento».

PEDRO CHACÓN

REQUISITO DE LA CONTRADICCION EN EL DOCUMENTO AUTENTICO A EFECTOS DE LA CASACION. DESESTIMACION POR INCLUSION DE UNA CUESTION NUEVA. LIQUIDEZ DE LA DEUDA DESDE LA INTERPOSICION DE LA DEMANDA SI ESTA SE ESTIMA EN TODAS SUS PRETENSIONES (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1985).

Hechos.—D. E. M. concertó una póliza de seguro con la compañía A. S. A. contra el riesgo de muerte de ganado por peste porcina africana. Acontecido el siniestro a que se refiere la póliza, la compañía se negó a pagar la cantidad de 5.346.641 pesetas que por tal motivo adeuda a E. M., por lo que éste promovió demanda de juicio declarativo de mayor cuantía en reclamación de la cantidad antes dicha.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda en su totalidad.

La Audiencia Territorial confirmó la sentencia de Primera Instancia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso interpuesto por la compañía.

Ponente: Don José Luis Albacar López.

Doctrina de la Sala.—2. El primero de los motivos del recurso se formula «por error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos, que demuestran la equivocación evidente del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios, al amparo de lo dispuesto en el ordinal 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», alegándose por la recurrente que la resolución de la Audiencia incurrió en error al apreciar que el precio de los cerdos el día en que fueron sacrificados era el unitario de 123 pesetas/kilogramo (postura que, por lo demás, favorecía a la parte recurrente, por lo que no parece que exista por parte de la misma interés alguno en impugnarla), en lugar de ser los de 130, 131 y 127 pesetas/kilogramo que resulta de la certificación de la Cámara Provincial Agraria, obrante al folio 575 de los autos de Primera Instancia, y debe ser desestimado toda vez que una detenida lectura de la resolución recurrida nos lleva a la inequívoca conclusión de que en la misma no se acepta como valoración cierta la de las 123 pesetas/kilogramo, sino que, por el contrario, en su primer considerando se alude a que el nuevo examen y valoración de los elementos de juicio no han desvirtuado los acertados razonamientos que apoya el juzgador en la anterior instancia el fallo que dictó, que debe ser mantenido.

3. El segundo de los motivos del recurso se formula «por infracción de ley y de la doctrina concordante, al amparo del artículo 1.692, ordinal 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por infracción del artículo 1.281, párrafo 1.º..., alegándose por la que recurre que el Tribunal sentenciador no ha tenido en cuenta la cláusula 17 de las condiciones generales de la póliza..., toda vez que integra una cuestión nueva, en modo alguno suscitada por la demandada en los escritos de alegaciones, por lo que, de acuerdo con una reiteradísima doctrina de esta Sala, que por notoria no precisa ser citada, no puede ser tomada en consideración, ya que lo contrario implicaría una evidente indefensión de la parte contraria, que al no haber conocido tal alegación en la fase que procedía, no pudo alegar nada respecto a ella, ni formular prueba en torno a lo que hubiera podido resultar pertinente; razones todas ellas por las que procede la desestimación de este segundo motivo.

4. Finalmente, el tercer motivo denuncia «infracción de las normas

de ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate, al amparo del ordinal 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que la sentencia dictada por la excelentísima Audiencia Territorial de Pamplona ha infringido el párrafo 1.º del artículo 1.108 del Código Civil», alegándose en el cuerpo del motivo que no procedía la condena al abono de los intereses legales operada a la demandada al no haber incurrido ésta en mora por no ser líquida la cantidad a pagar al actor, y al igual que los anteriores debe claudicar si tenemos en cuenta que la resolución que se recurre, al confirmar los pronunciamientos la del Juzgado de Primera Instancia, estima «en todas sus partes la demanda interpuesta», por lo que la cantidad a cuyo abono se condena a la demandada recurrente es exactamente la solicitada en su demanda por el actor, y en su consecuencia la suma adeudada era líquida desde el momento de interposición de la demanda, momento a partir del cual procedía el abono de intereses, por todo lo cual es procedente el rechazo del tercer motivo.

NOTA.—La nueva regulación del recurso de casación, consecuencia de la reforma de agosto de 1984, no contiene un artículo similar al anterior 1.729, 5.º, que se refería a la ineficacia de lo referente a cuestiones nuevas no discutidas en el pleito en casación.

Sin embargo, tal ineficacia debe mantenerse por ser ello inherente al principio de contradicción.

PEDRO CHACÓN

INADECUACION DEL NUMERO 1 DEL ARTICULO 1.692 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL PARA IMPUGNAR UNA RELACION FACTICA (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1986).

Hechos.—Don A. P. P. interpuso demanda que dio lugar al procedimiento declarativo de mayor cuantía contra la M. N. D. en reclamación de 2.275.000 pesetas, en concepto de indemnización de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del atropello y subsiguiente muerte de que fue víctima su esposa y una res vacuna que aquélla conducía. El atropello fue causado por J. M. con ocasión de conducir éste su automóvil con excesiva velocidad.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda.

La Audiencia Territorial confirmó la sentencia de Primera Instancia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la mutua.

Ponente: Don Matías Malpica y González-Elipe.

Doctrina de la Sala.—3. El primer motivo del recurso de casación, formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción por inaplicación del artículo 1.091 del Código Civil, en relación con el 385 del Código de Comercio, y ambos con el artículo 5 de la Orden de 31 de marzo de 1977, por la que se aprueba la póliza de seguro voluntario de automóviles. Pues bien, dado que en el desarrollo fundado del motivo hace el recurrente piedra angular del mismo la circunstancia de que al «día 21 de septiembre de 1978, lo único que en esa fecha existía era una proposición. El pago y firma que perfeccionarían el contrato se produce en fecha muy posterior y, por consiguiente,

no podía surtir efecto anterior alguno», se olvida que siendo esta relación puramente de hecho y que no ha sido oportuna y adecuadamente combatida por la vía del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la declaración fáctica que al respecto se hace en la sentencia recurrida, al no impugnar tal relación fáctica por la vía procesal adecuada y quedar los mismos confirmados como irrefutables, el motivo que se analiza hace supuesto de la cuestión suscitada, lo que hace declinar tal motivo, conforme a la doctrina de esta Sala.

4. El segundo motivo, con idéntico apoyo casacional que el anterior, por infracción por no aplicación del artículo 1.091 del Código Civil, en relación con el artículo 383 del Código de Comercio, y ambos con la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia de 28 de septiembre de 1982, ha de seguir el mismo frustrado fin que el anterior habida cuenta de que incide en el mismo olvido y defecto, haciendo una premisa fáctica particular distinta de la que se afirma en la resolución recurrida, sin haber seguido previamente la vía procesal adecuada del ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para su anulación, con lo que la perspectiva de aplicación del ordenamiento jurídico ha de ser, obviamente, diferente, sin que sea dable en casación posponer las apreciaciones del Tribunal por las propias de la parte recurrente.

PEDRO CHACÓN

C) ARRENDAMIENTOS URBANOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

REVISION DE RENTA.—LA NO RECLAMACION DE LA RENTA REVISADA SUPONE UN ABANDONO O RENUNCIA DE LA MISMA, POR LO QUE SOLO TENDRA EFECTIVIDAD DESDE QUE SE LLEVE A CABO EL REQUERIMIENTO, SIN QUE A ESTE SE LE PUEDA DAR EFECTO RETROACTIVO (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1987).

En 1975 se arrendó al Instituto Nacional de Previsión para los servicios de la Seguridad Social en Málaga un local, pactándose en la cláusula 2.ª del contrato la actualización de la renta, conforme a los índices del coste de la vida fijado por el Instituto Nacional de Estadística; pero en 1976, al llegar la primera actualización de la renta, se opuso el Instituto manifestando que tal cláusula no era eficaz, y desde entonces se ha venido pagando la renta pactada sin aumento alguno, incumpliendo así el pacto de actualización, por lo que se interpone demanda solicitando sea declarada válida la cláusula referida de actualización ante el Juzgado número 4 de Málaga y se condene al Insalud a pagar 2.774.064 pesetas por las diferencias impagadas de rentas desde 1976 a 1981. El Juzgado estimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia de Granada revocó parcialmente la anterior, señalando que, a partir de 1 de octubre de 1981, es de aplicar la reducción del Real Decreto de 12 de febrero de 1981 hasta finales de este año.

No triunfa el recurso de casación. Salvo una carta de mayo de 1977 recordando el incremento anual de la renta, la entidad arrendadora no hizo requerimiento ni notificación hasta la fecha marcada en el acto de conciliación, celebrado el 11 de septiembre de 1981 sin avenencia. Previa declaración de validez de la cláusula, la Sala admite en parte la reclamación, es decir, el derecho a percibir la renta actualizada, pero sólo a partir de 1 de octubre de 1981, ya que la negativa del derecho a percibir las rentas actualizadas de cada año se funda en el artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que establece la facultad del arrendador para elevar la renta, que puede ejercitarse en cualquier tiempo, pero sin que la elevación tenga efecto retroactivo, por lo que no puede reclamar las rentas atrasadas. Si la cláusula de revisión exime del requerimiento, ello quiere decir que no es preciso el mismo para que pueda nacer el derecho de revisión pactado en el contrato, pero sí para que tenga virtualidad respecto de la otra parte, ya que la revisión opera anualmente, lo que implica que su no ejercicio o reclamación de la renta revisada es un abandono o renuncia a la misma, pues entender lo contrario sería favorecer la inseguridad jurídica y consagrar un ejercicio anómalo del derecho por parte de quien deja transcurrir los años para luego ejercitar el derecho extemporáneamente, colocando al deudor arrendatario ante la realidad de un derecho o prestación excesiva, no esperada y sumamente gravosa, frustrando así la confianza de la parte, nacida de la inactividad de la otra, que el Derecho debe respetar.

C. R. R.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—SE EXCLUYE EL CIERRE DEL LOCAL COMO CAUSA DE DENEGACION DE LA PRORROGA CUANDO SE DEBA A JUSTA CAUSA, COMO ES EL EFECTUAR OBRAS DE ACOMODACION, DISTRIBUCION Y ORNATO QUE SE CONSIDEREN CONVENIENTES (SENTENCIA DE 11 DE JULIO DE 1985).

En 1980 se arrendó a una entidad bancaria un local por tiempo indefinido, permaneciendo cerrado durante un largo período, por lo que se presentó demanda ante el Juzgado número 1 de Palma de Mallorca pidiendo la resolución del arrendamiento. Tanto el Juzgado como la Audiencia desestimaron la demanda.

Tampoco tiene éxito el recurso de casación. Celebrado el contrato en septiembre de 1980, en octubre y noviembre se procedió a desmontar las instalaciones del negocio existente con anterioridad. En enero de 1981 se encargó el proyecto y dirección de las obras de adaptación, solicitándose en febrero la licencia para las obras menores y en marzo para las obras de reforma, que no se concedió hasta octubre, lo que evidencia una conducta demostrativa de la intención de iniciar la actividad comercial y no permiten inferir una duración excesiva de la ejecución de las obras ni un deseo de prescindir del local arrendado. Las obras se inician inmediatamente de la celebración del contrato y el escalonamiento de las mismas se justifica por la necesidad de ejecutar unas para realizar otras, circunstancia a la que hay que sumar la necesidad legal de obtener las correspondientes licencias administrativas, como requisito previo a su ejecución, y el largo tiempo transcurrido en la concesión de licencia de obras de reforma, lapso de tiempo no imputable a la entidad recurrida, conduce

a la conclusión de la existencia de justa causa del cierre y a la denegación de causa de resolución del contrato.

C. R. R.

REVISION DE RENTA.—SEGUN REITERADA JURISPRUDENCIA ES VALIDA LA CLAUSULA QUE SEÑALA LA VARIACION DE LA RENTA CONFORME AL INDICE DEL COSTE DE LA VIDA, QUE SIGNIFICA TANTO EL ALZA COMO LA BAJA POSIBLE DE LA RENTA PACTADA (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1985).

Pactada la cláusula de revisión de renta conforme al índice del coste de la vida, se notifica al año siguiente el aumento correspondiente, oponiéndose el arrendatario, que alega que había de ser bianual, por lo que se interpone demanda ante el Juzgado número 6 de Madrid, solicitando la aplicabilidad de la cláusula 7.ª del contrato referido, lo que admite el Juzgado, revocándola en parte la Audiencia, en cuanto al importe de la revisión.

El recurso de casación es admitido sólo en cuanto a la condena en costas, manteniendo en lo demás la tesis fundamental de la sentencia recurrida, según la cual, la cláusula debe ser interpretada en sentido literal, debiendo revisarse la renta anualmente, en el caso de prórroga del contrato. Al ajustarse al índice del coste de la vida, puede ser objeto la renta tanto de alza como de baja, con unos parámetros objetivos que mantienen la equivalencia de las contraprestaciones, reputándose la cláusula como válida, conforme a los preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos que se citan como infringidos y que la cláusula respeta en su totalidad, siendo doctrina jurisprudencial reiterada la validez de las llamadas cláusulas de estabilización, señalando fundamentalmente la doctrina de las Sentencias de 13 de febrero de 1980 y de 30 de enero de 1981.

C. R. R.

SUBARRIENDO.—SE ADMITE LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO POR NO EXISTIR EL CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR Y TRATARSE DE CONTRATO SUJETO A LA LEGISLACION ARRENDATICIA (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1985).

Habiendo observado el propietario la ausencia del arrendatario en el local arrendado y la presencia de otras personas, presenta demanda de resolución del arrendamiento por subarriendo in consentido ante el Juzgado de Mahón, que la estimó, así como la Audiencia de Palma de Mallorca en apelación.

No prospera la casación. El arrendatario llevó a cabo el subarriendo del local sin autorización del arrendador, según se probó con el documento contractual que demuestra tal sublocación. El arriendo no fue de industria, sino de un local vacío, llevando a cabo el arrendatario el montaje de enseres y demás objetos para su explotación. Por tanto, el régimen que se ha de aplicar al subarriendo es el prohibitivo de la Ley de Arrendamientos Urbanos y no el del Código Civil. Tampoco puede admitirse como existente un contrato laboral entre subarrendador y subarrendata-

rio, considerando a éste como empleado o factor de aquél, lo que no ha sido aludido en todo el proceso, por lo que debe considerarse como cuestión nueva, aparte de la prueba del subarriendo por medio del documento aludido.

C. R. R.

DESAHUCIO.—TRATANDOSE DE ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA, PROCEDE EL DESAHUCIO PORQUE SE APLICA EL CODIGO CIVIL Y NO LA LEGISLACION ARRENDATICA AL CONCLUIR EL TERMINO CONVENCIONAL (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1985).

Se arrendó un local para la temporada de 1 de marzo a 31 de octubre de 1977, obligándose a arrendarlo en las mismas fechas de 1978 y de 1979, excluyéndolo de la aplicación de la legislación arrendaticia. Negándose los arrendatarios a entregar las llaves al final de la temporada turística de 1979, se les requirió notarialmente para que dejaran el local, a lo que se opusieron por entender que el arrendamiento no era de temporada y, por tanto, existir el derecho de prórroga forzosa de la legislación arrendaticia. Se presenta demanda ante el Juzgado de Figueras solicitando el desahucio del local, siendo desestimada, pero la Audiencia de Barcelona dio lugar al desahucio.

No prospera la casación. La alegación de pruebas en el recurso de casación no puede admitirse porque éste no es una Tercera Instancia y el Tribunal Supremo no puede revisar el resultado probatorio obtenido en la Instancia. Además, estas pruebas y, sobre todo, el contrato básico fueron tenidas en cuenta por la Sala sentenciadora, declarando ésta que el contrato era de temporada y, por tanto, excluido de la prórroga legal. El contrato de 1976 no ofrece ninguna duda en el sentido literal de sus cláusulas, y no se acredita que el arrendador haya consentido la dedicación del local en la forma pactada fuera del plazo establecido en el contrato sin que haya una auténtica intención de temporalidad expresa en el contrato, ratificada después por los arrendatarios con ocasión de una denuncia que el arrendatario presentó ante la Guardia Civil, declarando el Tribunal de apelación la resolución del contrato por expiración del término sin que la ocupación del local fuera de la temporada turística con carácter esporádico sea obstáculo para que la locación se rija por el Código Civil, como se deduce de numerosas sentencias de esta Sala.

C. R. R.

OBRAS INCONSENTIDAS.—HABIENDOSE REALIZADO OBRAS DE REFORMA QUE ALTERAN LA CONFIGURACION DEL LOCAL SIN CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR PROCEDE LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1985).

Se presenta demanda de resolución del arrendamiento por realización de obras incontestadas ante el Juzgado número 2 de Sevilla, que la admitió, desestimando la apelación la Audiencia.

No ha lugar a la casación. La configuración de un local, según reiterada jurisprudencia, debe ser referida a la forma del recinto comprendido

dentro de las paredes y el techo que limitan ese espacio, tanto en sentido vertical como horizontal, por lo que toda alteración en tales elementos entraña modificación en la figura a los efectos de la causa resolutoria 7.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, con la supresión o desplazamiento de tabiques o la instalación de falsos techos, cuando no se trata de componentes meramente superpuestos, sino empotrados en la fábrica del edificio de modo permanente, de manera que procederá tal causa aunque la pared demolida haya sido construida por el arrendatario, pues el cambio de configuración hay que referirlo a la que tuviese con el consentimiento expreso o tácito del arrendador antes de la modificación discutida, porque al ocupante sólo se ha transmitido el goce o uso de la cosa arrendada y no las facultades, que corresponden a la esfera dispositiva. Al no contar la entidad arrendataria con el consentimiento de la arrendadora para proceder a tales innovaciones produce la resolución del arrendamiento. En realidad se procedió a la demolición íntegra del local habiendo dejado el mismo diáfano, de manera que al desaparecer un tabique se presenta ahora como espacio único, y según reiterada jurisprudencia, las únicas obras autorizadas implícitamente son las de instalación y no las posteriores, sin que tal permiso pueda extenderse a las de mejora en el curso de la vida del negocio. No puede admitirse que las obras de adaptación o de primer establecimiento puedan realizarse en todo tiempo si nada se ha estipulado en contra, olvidando que en el local se habían realizado ya obras para acomodarlo a otro tipo de actividad mercantil, desarrollada durante varios años, y de que fueron prohibidas en el contrato las alteraciones en la forma sin el consentimiento de la arrendadora.

C. R. R.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA.—SE ARRENDO EL NEGOCIO YA EXISTENTE CON SU MISMA DENOMINACION Y YA EN EXPLOTACION, POR LO QUE SE TRATA DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA NO SUJETO A PRORROGA FORZOSA (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1985).

El adquirente de una industria que se hallaba arrendada desde cinco años antes notifica al arrendatario la compraventa, requiriéndole para que desalojase y dejara expedita la industria antes de 1 de octubre de 1981, fecha de la expiración de la prórroga consignada en la estipulación segunda del contrato, y no atendido el requerimiento notarial, se presenta demanda de desahucio ante el Juzgado de Ayamonte, que declaró resuelto el contrato, pero la Audiencia revocó la anterior solamente en cuanto a la condena en costas.

No triunfa el recurso de casación. El objeto del arrendamiento fue un negocio de bar, ya explotado por el arrendador, y que como tal empresa en explotación fue entregada a la arrendataria para que continuara el negocio, y ello no sólo porque así se declara en el documento contractual de 1975, sino porque aparece acreditado además por los testimonios prestados y por el hecho de que el establecimiento conserva la misma denominación que tenía cuando pertenecía al arrendador. La Sala dice que tanto el inmueble como las sillas, mesas y demás muebles no se arrien-

dan como tales, sino como un negocio o unidad patrimonial, configurando un verdadero arrendamiento de industria.

C. R. R.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA.—EL ARRENDAMIENTO DE UNA PLAZA DE TOROS SE CONSIDERA COMO DE INDUSTRIA, YA QUE SE ENTREGA CON TODAS SUS DEPENDENCIAS EN PERFECTO ESTADO PARA LA LIDIA DE TOROS (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1985).

Arrendada la plaza de toros de Castellón a la entidad «Nueva Plaza de Toros de Madrid, S. A.», desde la temporada de 1971 a la de 1978, al finalizar este año se requirió a la arrendataria para que hiciera entrega de la plaza, a lo que se contestó rechazando el requerimiento, y, por tanto, se interpuso la demanda ante el Juzgado número 1 de Castellón, que lo admitió, sin que tuviera éxito la apelación.

La casación sólo triunfa en cuanto a las costas de Primera Instancia.

No se admite el primer motivo en cuanto a la inadecuación del procedimiento, ya que el juicio, calificado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de incidentes, es, desde luego, un juicio declarativo, pero además la cuestión de si se trata de un arrendamiento de local o de industria está íntimamente ligada al proceso de desahucio, por lo que ya este Tribunal ha declarado que puede ser objeto de discusión en el juicio de desahucio. Tampoco se admite el motivo que considera que lo arrendado no fue una industria o negocio de espectáculos, pues el contrato básico indica que fue una unidad patrimonial integrada por una plaza de toros, que se entrega con todas sus dependencias en perfecto estado para la lidia y susceptible de ser inmediatamente explotada en la forma establecida, por lo que la sentencia recurrida concluye que es un arrendamiento de industria sometido a la legislación común y excluido del derecho de prórroga forzosa de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

C. R. R.

DESAHUCIO.—EL HECHO DE AMPLIAR LA ACTIVIDAD DE BAR A LAS DE CAFETERIA Y RESTAURANTE NO ALTERA LA NATURALEZA DEL ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1985).

Se arrendó un bar por diez años prorrogables por mutuo acuerdo por dos veces, debiendo comunicarse la voluntad de rescindir con tres meses de antelación. En 1983 se requirió a la arrendataria para que tuviera por extinguido el contrato por expiración de término, sin que lo atendiera, por lo que se presenta demanda ante el Juzgado número 5 de Valencia, que la estimó, revocando la Audiencia en cuanto a la indemnización de daños y perjuicios, confirmando el desahucio de la arrendataria.

No prospera la casación. La circunstancia de que la entidad arrendataria hubiese ampliado la actividad de bar a cafetería y restaurante no altera la naturaleza de arrendamiento de industria que tenía el contrato primitivo. Está probado que no se dio el supuesto de establecimiento por el arrendatario de su propio negocio, por lo que no procede la prórroga

forzosa que para los arrendamientos de local o vivienda establece la legislación arrendaticia, rigiéndose por lo pactado y por lo dispuesto en la legislación común o foral.

C. R. R.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO PUEDE AFECTAR AL ADQUIRENTE UN DOCUMENTO PRIVADO DEL QUE NO TENIA NOTICIA, NO PRODUCIENDOSE, POR TANTO, LA NOVACION DEL CONTRATO, APARTE DE QUE EN CASO DE DUDA PREVALECE LA NOVACION MODIFICATIVA SOBRE LA EXTINTIVA (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1985).

Habiéndose negado el arrendatario de industria a devolver las llaves al finalizar el plazo contractual y su prórroga, se interpuso demanda ante el Juzgado de Manacor, que admite la excepción de inadecuación del procedimiento, desestimando la demanda, lo que confirmó la Audiencia.

Triunfa el recurso de casación. Se arrendó el negocio de cafetería o bar ya en explotación anterior con la maquinaria o utensilios precisos por un año prorrogable, haciendo constar que se regiría por la legislación común y que el arrendatario podría colocar en la cafetería el mobiliario y maquinaria precisos con la obligación del dueño de adquirirlos al fin del arriendo. Tanto el Juzgado como la Audiencia entendieron que el procedimiento era inadecuado, entendiendo que el contrato fue novado, transformándolo en arrendamiento de local de negocio por la venta de enseres y maquinaria hecha por los arrendadores y porque el arrendatario no compró más que la finca o local en 1977, añadiendo la Audiencia que hubo tácita reconducción al haber percibido el dueño rentas correspondientes al año 1981 e ingresado su importe en la cuenta del dueño. La sentencia impugnada dice que cuando el actor adquirió el local en 1977, los anteriores dueños habían vendido los enseres por documento privado, convirtiendo el contrato en arrendamiento de mero local de negocio. Si bien es verdad que los contratos sólo producen efecto entre las partes y sus herederos y no respecto a terceros —artículo 1.257 del Código Civil—, y el recurrente que compró a los primeros arrendadores es sucesor de ellos por título de compra y como tal asume la posición jurídica de aquélla y no es tercero en el contrato; pero esa cualidad se refiere, como dijo la Sentencia de 13 de octubre de 1962, al contrato de arrendamiento, mas no ocurre lo propio con aquellos otros documentos que sin su conocimiento pudo otorgar su causante para alterar las condiciones, pues, en cuanto a ellos, es tercero, conforme al artículo 1.224 del Código Civil, y puede impugnar su eficacia porque de otra suerte quedaría indefenso frente a un posible fraude. Por tanto, la Sala infringe el artículo 1.227 del Código apreciando erróneamente la prueba en relación con el documento privado de la venta de enseres hecha por los causantes del actor recurrente, a quien hizo asumir la venta sin que, por no tener conocimiento de ella, pudiera afectarle hasta que se produjo el supuesto del artículo 1.227 del Código, esto es, la presentación en Hacienda del documento privado en 1980, es decir, incluso posterior a la fecha de extinción del contrato y de sus prórrogas voluntarias. Por otra parte, tampoco consta la voluntad novatoria del citado documento privado de sustituir el contrato de arren-

damiento de industria por el de local de negocio, amén de que, en caso de duda, hay que estar por la novación modificativa y no por la extintiva.

C. R. R.

RETORNO.—PROCEDE EL RETORNO PACTADO PORQUE NO SE DA EL SUPUESTO DE TRATARSE DE UNA EDIFICACION PROVISIONAL LA QUE SE DEMUELE (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1985).

El propietario de unos locales arrendados presenta demanda ante el Juzgado número 2 de Ibiza alegando que se trata de edificación provisional y carece del derecho de retorno legal, y si se pactó en el contrato este derecho, se subordinó a que el arrendatario desalojase el que tiene arrendado, e incumplida tal obligación, procede declarar resuelto el contrato con indemnización de daños y perjuicios. El Juzgado estimó la excepción de «litisconsorcio» pasivo y absolvió al demandado, sin entrar en el fondo de la litis, confirmando la apelación.

El recurso de casación tiene éxito. Los actores dirigen la demanda sólo contra uno de los arrendatarios, y tanto el Juzgado como la Audiencia arguyen que la existencia o no del retorno debe ser debatida con la intervención de todos los arrendatarios por ostentar todos interés legítimo y directo; existiendo pluralidad de interesados, esta cuestión no es susceptible de ser decidida en pleitos diversos e independientes, ya que vulneraría el principio de igualdad en la aplicación de la Ley. Sin embargo, la Sentencia de 12 de julio de 1984 dice que cuando la resolución que se dicta en un pleito no produce excepción de cosa juzgada frente a la persona que se estima debió ser llamada a la litis, no se da la situación de «litisconsorcio» pasivo necesario, doctrina que aplicada al presente caso conduce a la estimación del primer motivo, pues es claro que al incumplir el arrendatario su obligación de desalojo del local pierde el derecho de retorno convencional, sin que la resolución de su arrendamiento pueda afectar a los otros arrendatarios que no han sido demandados y, por tanto, no han sido oídos ni vencidos en el procedimiento, y la sentencia que recaiga no puede aplicarse a otros por no darse los requisitos de la cosa juzgada material. Para calificar una edificación como provisional no sólo han de tenerse en cuenta las características físicas, sino también la falta de adecuación al lugar de emplazamiento en relación con los inmuebles que se pueden alzar o ya estén alzados, siendo un dato a considerar la desproporción entre el valor del solar y el de la construcción; pero no puede calificarse como provisional la edificación que fue realizada no con un propósito temporal o interino, sino con intención de permanencia, aunque el transcurso del tiempo y la expansión de la ciudad con la modificación de los Planes de Ordenación Urbana la convierta en inadecuada en relación con los edificios construidos después, ya que tal circunstancia no puede dentro del campo de la Ley de Arrendamientos Urbanos transformarse en provisional, lo que en su tiempo fue definitivo, ya que no es lo mismo edificación inadecuada que provisional, debiendo considerarse en este caso la edificación como definitiva, por lo que al faltar el presupuesto de la demanda, es decir, considerar el inmueble como edificación provisional, no puede sostenerse la consecuencia

pretendida, es decir, carecer el arrendatario del derecho de retorno legal, por lo que debe rechazarse la pretensión del actor apoyada en la aplicación del artículo 91 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, supuesto en el que no puede tipificarse la relación contractual cuestionada, desestimando íntegramente la demanda y absolviendo al demandado de la pretensión ejercitada.

C. R. R.

DESAHUCIO DE INDUSTRIA.—LO CEDIDO EN ARRENDAMIENTO NO FUE EL USO DEL LOCAL, SINO DE UNA EXPLOTACION COMERCIAL AUTONOMA CON VIDA PROPIA Y SUSCEPTIBLE DE SER EXPLOTADA INMEDIATAMENTE (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1985).

Se interpone demanda de desahucio de un club, arrendado como tal negocio en 1980 por un año con posibilidad de renovarlo siempre que el arrendatario cumpliera con sus obligaciones, pero no fue así, ya que no pagó ciertos gastos y realizó obras sin permiso escrito del arrendador, habiendo subarrendado y causado daños diversos a los muebles, entregados en buen estado. El Juzgado de Inca estimó la demanda, así como la Audiencia de Palma.

No prospera la casación. La sentencia de Primera Instancia concede el desahucio, ya que lo que se entregó no fue el uso del local, sino una explotación comercial autónoma con vida propia y susceptible de ser explotada inmediatamente, consistente en un conjunto de bar y picadero, que ya estaba en funcionamiento cuando fue cedida en arrendamiento al recurrente. No puede construirse la impugnación de la sentencia al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando que el bar y picadero no existían en el momento del contrato, pues era imprescindible que por el cauce del número 7.º de este artículo se hubiese destruido el indicado presupuesto y se hubiera sentado, por el contrario, que lo recibido fueron elementos dispersos, carentes de unidad patrimonial con vida propia, que el citado precepto exige para entender que se está en el caso de un arrendamiento de negocio.

C. R. R.