

III. Sentencias del Tribunal Supremo

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

I. DERECHOS REALES

PROPIEDAD HORIZONTAL.—CONTRIBUCION A LOS GASTOS POR OBRAS DE REPARACION EN LOS ELEMENTOS COMUNES (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada contra la Sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid que, desestimando la incompetencia de jurisdicción apreciada por el Juzgado número 7 de Madrid, revocó la Sentencia de éste y estimó la demanda.

Entiende el Tribunal Supremo que una cosa es la posible exención a los gastos comunes ordinarios de uso de ascensor y montacargas al que no tiene acceso el local y otra cosa muy distinta es que esta exención alcance también a los gastos originados por la sustitución o cambio de dicho ascensor y montacargas, dado que ambos son elementos comunes y deben regir para ellos los mismos principios y consideraciones que para el arreglo de la cubierta o de cualquier otro elemento común.

Tal se desprende de las siguientes consideraciones:

Que en la presente litis se solicitó por la entidad demandante, denominada «Garaje Martínez Campos, S. A.», la exención del pago del importe a ella correspondiente de la sustitución de un ascensor y un montacargas instalados en la finca, en la cual posee dos locales en la planta baja destinados a garaje y local comercial; acciona contra la comunidad de propietarios alegando sustancialmente que la exención de pago indicada viene determinada por hallarse exenta del pago de gastos de ascensor y montacargas, según expresamente determina el artículo 12 de los Estatutos y de la Comunidad, a cuyo tenor «los gastos comunes referentes al

ascensor y montacargas se satisfarán por todos los propietarios a partes iguales, con exclusión de los de garaje y local comercial»; el acuerdo que la entidad actora impugnó fue tomado en la reunión de dicha comunidad de propietarios de la finca número 48 de la calle de Ayala de esta Villa el día 12 de abril de 1977, aprobando el presupuesto de sustitución de ascensores de la finca, adoptándose la fórmula de pago en treinta y seis mensualidades, con incremento del 12 por 100 sobre la cantidad presupuestada y asignándose en la misma junta a la actora la cuota mensual de 6.242 pesetas por el local comercial y 25.892 pesetas por el garaje; b) en junta anterior de 31 de enero del mismo año se había acordado ya la sustitución de ascensores aludida, aplazando para reunión posterior la ejecución y financiación de la operación, pero sin plantearse la obligación de pago de la actora hasta la reunión de 12 de abril ya citada, en la cual la representación de la entidad demandada y ahora recurrida, sin oponerse expresamente al acuerdo de sustitución de elevadores, reservó su voto en la junta para poder consultar con su representada; c) considera probado la sentencia de instancia que los locales propiedad de la actora se hallan incomunicados con los elementos comunes a los que «por consiguiente no prestan servicio alguno, ni siquiera potencialmente, puesto que estos locales no tienen comunicación alguna con el resto de la finca» (considerando quinto, al final); d) la sentencia recurrida, con base en el artículo 12 de los Estatutos de la Comunidad, referido, como se ha visto, a los «gastos comunes», anuló el acuerdo de la junta relativo al pago de la «sustitución» de elevadores por parte de los locales de la planta baja sin comunicación con el resto del edificio, extendiendo así el concepto de gastos comunes al de importe de sustitución de dicho elemento común del edificio.

Que sobre la resultancia fáctica que se ha recogido en el anterior considerando, la entidad recurrente Comunidad de Propietarios de calle Ayala, 48, de Madrid, opone los dos primeros motivos, ambos con apoyo en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho resultante de documentos auténticos que demuestran la equivocación evidente del Juzgador, presentando como tales en el primero de los motivos el acta de la Junta General de 5 de febrero de 1976 en el que el representante de la entidad recurrida pidió constase en acta la reiteración de su petición de arreglo de la terraza; confirmó así el criterio de la recurrida manifestando ya en la junta de 12 de junio de 1975 en la que solicitó que debe arreglarse la terraza; revela esta conducta, derivada de documentos, que la Sala *a quo* no tuvo en cuenta la disposición de la entidad ahora recurrida para reparar elementos comunes del edificio como es la terraza del mismo, elemento que integra el edificio junto con otros de la misma naturaleza indispensables para su uso y disfrute, no sólo por los propietarios de los pisos superiores, sin también para los de la planta baja; elementos integrantes del inmueble, incorporados al mismo y que en conexión con los demás forman la cosa compuesta desde el punto de vista jurídico que es el edificio, de manera que como cosas incorporadas (escaleras, elevadores, cubiertas, terrazas, patios, etc.) pierdan su propia objetividad económica y jurídica para dar lugar a la cosa compuesta en su conjunto y susceptible de una finalidad económica; de ahí que al no haber tenido en cuenta la sen-

tencia recurrida que la disposición resultante de los documentos alegados para reparar elementos comunes del edificio por parte de la entidad recurrida no puede ser distinta cuando se trata de unos o cuando se trata de otros, mereciendo todos ellos la misma consideración y régimen jurídico; por ello, sin necesidad de interpretación alguna de los documentos esgrimidos, sin más que el mero cotejo de la exención acordada por el fallo a *quo* con las actas referidas de 12 de junio de 1975 y 5 de febrero de 1976 se llega a la conclusión del evidente error padecido, que da lugar a la casación de la sentencia impugnada y, sin necesidad de examinar los restantes motivos, exponer en la segunda sentencia una solución distinta de la litis presente.

Y en su segunda sentencia declara "que el régimen jurídico de la propiedad horizontal no cabe confundir y dar el mismo tratamiento a los «gastos comunes» para la conservación y funcionamiento de los elevadores o de otros elementos comunes, como gastos de portería, de conservación de terrazas y patios y otros gastos análogos, que se caracterizan por su mayor o menor periodicidad y que redundan en beneficio directo de quienes utilizan algunos de estos elementos, con el desembolso mucho más elevado y sin carácter alguno de periodicidad que es necesario hacer para la «sustitución» de alguno de los elementos comunes, singularmente en el caso debatido los aparatos elevadores, incorporados y formando parte integrante del edificio, del que forman también parte todos los pisos cualquiera que sea su situación y que contribuyen a la conservación o elevación de su valor económico; diferencia de tratamiento jurídico que se revela en la regulación estatutaria de numerosas comunidades de propiedad horizontal que, haciendo uso de la autonomía de la voluntad privada autorizada en el artículo 1.255 en relación con el artículo 396, párrafo 4.º, ambos del Código Civil, eximen de aquellos gastos comunes a los propietarios de las plantas bajas del inmueble que no utilizan determinados servicios comunes; como es el caso de la comunidad recurrente, según establece para el supuesto discutido el artículo 12 de sus Estatutos; pero de esta cláusula normativa no puede deducirse, desorbitando su finalidad y su espíritu, que haya de aplicarse el mismo criterio cuando se trata de «sustituir» elementos comunes integrantes del inmueble, confundiendo los conceptos de «conservación» y «sustitución» y los de «gasto de uso» y gastos o «importe de sustitución», ya que estos últimos afectan al conjunto del edificio y, quiérase o no por los titulares de las plantas bajas, producen un incremento de valor que beneficia a todos los titulares inmobiliarios de la finca.

Que el criterio legal, a falta de disposición más expresa, se deduce del artículo 9, 6.º, párrafo 2, de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, en el sentido de que la no utilización de un servicio no exime del cumplimiento de las obligaciones correspondientes, en este caso, sin perjuicio de la exención lícita de los gastos de conservación y análogos, no exime de contribuir a sufragar el importe de la sustitución de un elemento integrante del inmueble; implica esto último, como reconoce la doctrina científica, una titularidad de las llamadas *ob rem* o subjetivamente reales, que se ostentan y se sufren por razón de la cosa, cuya propiedad lleva ínsita la carga de soportar, en el caso debatido, los gastos consecuencia de la renovación de elementos comunes, o las

demás obligaciones que el artículo 9.º citado expresa para cada propietario; todo ello como cuestión distinta de la relativa a la liquidación entre todos ellos de los llamados «gastos comunes de conservación y buen funcionamiento» de los diversos elementos de tipo común”.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—MODULO PARA GASTOS COMUNES. ACUERDOS NULOS Y ANULABLES. *Artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal* (SENTENCIA DE 7 DE ENERO DE 1985).

«Hidroeléctrica Española, S. A.», compró unas viviendas en régimen de propiedad horizontal para sus empleados, en las cuales las acometidas de agua caliente y calefacción centrales no fueron conectadas a la del edificio, sin disfrutar, por tanto, de esos servicios, que se suministraban por sistema eléctrico independiente de los generales del mismo. Ante los requerimientos de la Comunidad para que «Hidroeléctrica» participara en tales gastos comunes, en consideración al sobredimensionado de las calderas, los gastos fijos de su encendido y la parte correspondiente a la vivienda del portero, se llegó a un acuerdo entre la Comunidad y dicha Sociedad para que ésta pagara el 20 por 100 de las cantidades que procediera en relación con sus cuotas de condominio, acuerdo confirmado por la Junta general de propietarios en 28 de junio de 1966 y abonando «Hidroeléctrica» las cantidades correspondientes a dicho porcentaje. Posteriormente, la Comunidad de propietarios pretende, invalidando anteriores Juntas por falta de firmas y otros requisitos, dejar sin efecto el citado acuerdo y que «Hidroeléctrica» contribuya conforme a su cuota a tales gastos.

El Juzgado de Primera Instancia número 18 de Madrid desestimó la demanda de «Hidroeléctrica», que solicitaba se declarase la validez del anterior acuerdo, Sentencia confirmada por la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid. El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante, en base a las siguientes consideraciones:

Que, a efectos de dar adecuada solución al recurso de casación de que se trata, son de tener en cuenta los siguientes aspectos fácticos, que la sentencia recurrida reconoce y en los que precisamente basa su decisión: A) Que tanto en la escritura de constitución de la finca de que se trata en régimen de propiedad horizontal, otorgada en Madrid, ante la fe notarial, el 21 de mayo de 1964, como en la de compraventa afectante a los pisos de tal finca en cuestión llevada a cabo, también con intervención de Notario, el 3 de junio de 1978, se hace constar la correspondiente cuota asignable a cada propietario a todos los efectos previstos en la Ley de 21 de julio de 1960, y por tanto, con proyección a la aportación o participación en la cuota de gastos comunes; B) Que en Junta general ordinaria celebrada el día 28 de junio de 1966 por la Comunidad de Propietarios de la referida casa, y con relación a la forma en que

se han de distribuir los gastos de calefacción y agua caliente a la vista de las conversaciones mantenidas con «Hidroeléctrica Española, S. A.», y otros copropietarios, se aprobaron los acuerdos, sin constancia de veto alguno en contra, y, por tanto, por unanimidad, de que «Hidroeléctrica Española, S. A.», como propietaria de las viviendas letra «D» de las plantas segunda a octava y letra «B» de la planta novena, todos de la escalera «A», de la casa 18 del paseo del Doctor Esquerdo («Edificio Roma») de esta capital —o sea, las viviendas afectadas por la contienda a decidir mediante la presente sentencia—, se compromete a participar en los gastos de sostenimiento y prestación de los servicios de calefacción y agua caliente a razón del 20 por 100 del coeficiente del 1,39 por 100 asignado a cada una de las viviendas de las plantas segunda a séptima, de 1,4 por 100 la de la planta octava y de 1,51 por 100 la de la planta novena, y en los gastos de reparación o reforma, necesarios o acordados en legal forma, a razón del 100 por 100 de los expresados coeficientes» y que «Hidroeléctrica Española, S. A.», gozará de derecho de enganche y disfrute de uno o ambos de los expresados servicios generales, tanto para el conjunto de dichas viviendas como para cada una de ellas aisladamente consideradas. En este supuesto, la participación en los gastos se regirá por las normas generales de la Comunidad, y serán de cuenta exclusiva de la citada Compañía, o de quien de ella traiga causa, la totalidad de los gastos que se originen por acometida de instalación, así como los de reparación de los deterioros que se causen en el inmueble, ya afecten a bienes comunes o a privativos de los conductos, y el «facultar expresamente al señor Presidente de la Comunidad para formalizar los anteriores acuerdos y suscribir los documentos públicos o privados a que haya lugar»; C) que en Junta general extraordinaria celebrada por la expresada Comunidad de Propietarios el 24 de junio de 1976, se aceptó por unanimidad por los intervinientes en tal Junta, entre los que no figuró «Hidroeléctrica Española, S. A.», en cuanto a cuotas o gastos y para hacer frente a los reales, se aumentasen, a partir del mes de septiembre de dicho año 1976, «en la cifra que se estime conveniente en proporción al coeficiente de propiedad»; y D) Que en Junta general ordinaria de la misma Comunidad de Propietarios celebrada el 11 de febrero de 1977, el señor Martínez-Castellanos, interviniente en ella representando a «Hidroeléctrica Española, S. A.», que había hecho reserva de los derechos que estimaba correspondían a esa entidad en orden a la liquidación del gasto de servicio de calefacción, ante manifestaciones de varios copropietarios al respecto, después de aprobarse, con el voto en contra del representante de «Hidroeléctrica Española, S. A.», la aplicación del criterio de que todos los copropietarios deben contribuir al sostenimiento de la calefacción según dispone la Ley de Propiedad Horizontal, ante la reiteración por parte de dicho representante de «Hidroeléctrica Española, S. A.», de la reserva de sus acciones en cuanto a la forma en que se había llevado a cabo la liquidación de los indicados gastos de calefacción, por todos los intervinientes en la referida Junta, sin constancia de voto alguno en contra y, por tanto, con el carácter de unanimidad se tomó el acuerdo de celebrar conversaciones la Junta de Gobierno de la precitada Comunidad de Propietarios con el aludido señor Martínez-Castellanos, representante de

«Hidroeléctrica Española, S. A.», «para tratar de aunar criterios» referentes a dicho problema planteado de gastos de calefacción, y concretamente sobre el coeficiente de participación en la propiedad.

Que atendidos los aspectos de hecho enunciados en el precedente, y habida cuenta, como en él viene indicado, que en la sentencia recurrida no se desconocen tales hechos, derivados de lo constatado al respecto en las actas correspondientes a la Junta general extraordinaria de 24 de junio de 1976 y Junta general ordinaria de 11 de febrero de 1977, sino que, por el contrario, se basa precisamente en ellos la Sala de instancia se dictó aquella resolución impugnada, claramente está poniendo de manifiesto aspecto de inconsistencia y, por tanto, no acogida de los motivos primero y segundo en que la entidad recurrente «Hidroeléctrica Española, S. A.», fundamenta el recurso de que se trata con apoyo en el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por causa de error de hecho que se trata de deducir de aquellas actas, como de los motivos tercero y cuarto, alternativamente planteados con relación al primero, también amparados en el número 7.º del precitado artículo 1.692 de la Ley de Trámites Civil, por alegado error de Derecho, que asimismo se invoca generado por la expresada acta de 11 de febrero de 1977, puesto en concordancia con la normativa de los artículos 1.225 y 1.281 del Código Civil, puesto que dichas dos clases de errores solamente cabe estimarlos cuando el Tribunal *a quo* desconoce los bienes que puedan ser apreciados fácticamente por consecuencia de unos determinados documentos o actas —error de hecho—, o por no dar el alcance o valor adecuado a un determinado medio de prueba que lo establecía preceptivamente —error de Derecho—, que no es la esencia motivadora de la base fundamentadora de los relacionados motivos primero, segundo, tercero y cuarto, que en definitiva lo que tienden a deducir, en el ámbito jurídico y con respecto a la cuestión controvertida, no es circunstancia de hecho no tenida en cuenta en la sentencia recurrida, sino simplemente las consecuencias que de ellas dedujo la Sala sentenciadora de instancia, que tienen un marco adecuado no en el mencionado número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Rituaria Civil, sigue el cauce del número 1.º del mismo precepto procesal.

Que, por el contrario, procede estimar el motivo quinto, que la tan repetida entidad recurrente «Hidroeléctrica Española, S. A.», fundamenta, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en aplicación indebida del artículo 16, 4.º, de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, y en cuanto la resolución impugnada, apreciando situación de caducidad de la acción impugnatoria contra los acuerdos objeto de controversia adoptados en las precitadas Juntas generales de 24 de junio de 1977 y 11 de febrero de 1977, por entender no haberse ejercitado dentro del plazo de treinta días establecido al respecto, manteniendo tesis que fue sustentada en fase procesal de primera instancia, desestima las pretensiones formuladas por dicha entidad «Hidroeléctrica Española, S. A.», en la súplica del escrito rector de demanda, pues en contra de ello, cual seguidamente se razonará detalladamente, no se ha producido acuerdo que determinase que la referida entidad hubiere de impugnar dentro del indicado período de tiempo, que concretamente señala el citado número 4.º del artículo 16 de la invocada

Ley de Propiedad Horizontal y que la Comunidad de Propietarios demandada, ahora recurrida, pretende deducir de las expresadas Juntas generales de 24 de junio de 1976 y 11 de febrero de 1977.

Que la solución estimatoria del alegado motivo quinto surge, por lo que se refiere a lo consignado en la referida Junta general extraordinaria de 24 de junio de 1976, de que al limitarse ésta, en orden a las cuotas o gastos de los copropietarios del inmueble en cuestión, su aumento, a partir del mes de septiembre de 1976, «en la cifra que se estime conveniente en proporción al coeficiente de propiedad», y acordarse en la Junta general ordinaria de 11 de febrero de 1977, después de aprobar en principio la aplicación del criterio de que todos los copropietarios deben contribuir al sostenimiento de la calefacción según impone la Ley de Propiedad Horizontal, la celebración de conversaciones por la Junta de Gobierno de la Comunidad de Propietarios del tan referido inmueble cuestionado, con el señor Martínez-Castellanos, representante de «Hidroeléctrica Española, S. A.», «para tratar de aunar criterios», precisamente con referencia al problema planteado de gastos de calefacción y concretamente sobre el coeficiente de participación en la propiedad, claramente está poniendo de manifiesto, en contra de lo apreciado por el Tribunal *a quo*, que no existía efectivo acuerdo alterador producido en su día en Junta general ordinaria celebrada el día 28 de junio de 1966 en que por la Comunidad de Propietarios de la referida casa, y con relación a la forma en que se han de distribuir los gastos de calefacción y agua caliente, se convino, por unanimidad, que «Hidroeléctrica Española, S. A.», como propietaria de las viviendas que había adquirido en dicho inmueble participase en los gastos correspondientes a tales servicios a razón del 20 por 100 del coeficiente del 1,39 por 100 asignado a cada una de las viviendas de las plantas segunda a séptima, de 1,4 por 100 la de la planta octava y de 1,55 por 100 la de la planta novena; y en los gastos de reparación o reforma, necesarios o acordados en legal forma, a razón del 100 por 100 de los expresados coeficientes, «así como que “Hidroeléctrica Española, S. A.”, gozará de derecho de enganche y disfrute de uno o ambos de los expresados servicios generales, tanto para el conjunto de dichas viviendas, como para cada una de ellas aisladamente consideradas», en cuyo supuesto «la participación en los gastos se regirá por las normas generales de la Comunidad, y serán de cuenta exclusiva de la citada Compañía, o de quien de ella traiga causa, la totalidad de los gastos que se originen por acometida de instalación, así como los de reparación de los deterioros que se causen en el inmueble, ya afecten a bienes comunes o a privativos de los conductores» con facultad expresa al Presidente de la repetida Comunidad «para formalizar los anteriores acuerdos y suscribir los documentos públicos o privados a que haya lugar», toda vez que, de una parte, establecer un aumento en orden a las cuotas o gastos de los copropietarios «en la cifra que se estime conveniente en proporción al coeficiente de propiedad» no supone objetivamente más que el autorizar ese aumento, pero no alteración del régimen que con respecto a ese coeficiente estuviese prevenido a los copropietarios, y concretamente el que fue reconocido en la mencionada Junta general ordinaria el día 28 de junio 1966, dado que incrementó, en el aspecto gramatical, y por tanto con proyección

jurídica, no es otra cosa que aumentar sobre la base que ya venía establecida, y, de otra parte, debido a que habiéndose creado como consecuencia del acuerdo unánime alteración de las reglas contenidas en el título constitutivo, mediante el acuerdo adoptado en la mencionada Junta general ordinaria de 28 de junio de 1966, en su proyección a la cuota de contribución a los gastos emanantes de los servicios de calefacción y agua caliente asignable a los pisos correspondientes a la entidad «Hidroeléctrica Española, S. A.», adscrito en régimen de propiedad horizontal a la Comunidad en cuestión, vinculante al respecto, en cuanto tal acuerdo fue expresamente adoptado por los asistentes a la referida Junta y tácitamente por el no asistente al no haber formulado la impugnación a que estaban autorizados conforme a la ley reguladora de esa materia, dando efectividad al principio de libertad en los pactos sobre esa cuestión, en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad consagrada genéricamente en los artículos 1.091 y 1.255 del Código Civil, y específicamente en la materia de que se trata en el párrafo 2.º del epígrafe b) del artículo 3.º, párrafos 2.º y último del artículo 5.º y norma quinta del artículo 9.º de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, conforme tiene reconocido esta Sala en sentencias, entre otras, de 16 de febrero de 1971, 23 de abril de 1974, 27 de abril de 1976 y 7 de octubre de 1978, con la consecuencia de eficacia y consiguientes efectos de toda alteración respecto a la atribución de cuotas referentes a los gastos objeto de debate unánimemente acordados en la indicada Junta general ordinaria, tan citada, de 28 de junio de 1966 atribuibles a «Hidroeléctrica Española, S. A.», en tanto no se produzca otro acuerdo también unánime, que expresamente deje sin efecto, altere o modifique el referido adoptado en aquella Junta general ordinaria del año 1966, y que no puede entenderse producido con la vaga manifestación, contenida en la posterior Junta general extraordinaria de 24 de junio de 1976, de que las cuotas o gastos se aumentaban, a partir del mes de septiembre de dicho, «en la cifra que se estimase conveniente en proporción al coeficiente de propiedad», pues esa vaga expresión si ciertamente es significativo de un acuerdo, con efectividad, en orden al incremento de las aportaciones que por esos gastos pudieran corresponder conforme a lo que proporcionalmente venía asignado a cada propietario, en manera alguna puede estimarse significativo de modificación del porcentaje que, con relación a los pisos que les correspondían a la entidad «Hidroeléctrica Española, S. A.», fue establecido en virtud de acuerdo adoptado por unanimidad en la tan aludida Junta general ordinaria de 24 de junio de 1976, que para privarle de efectos habría precisado de un también unánime acuerdo, expreso, concreto y terminante que así lo declarase, y que no consta producido.

Que asimismo confirma la viabilidad del precitado motivo quinto el resultado de la Junta general ordinaria de 11 de febrero de 1977 a que se deja hecha mención, el que si efectivamente en principio, ante la manifestación de reserva de derechos efectuada por el señor Martínez-Castellanos representando a las tantas veces aludida entidad «Hidroeléctrica Española, S. A.», en cuanto liquidación de su cuota en orden a servicios de calefacción alterando las bases que para ella habían sido establecidas en la Junta general ordinaria celebrada el 28 de junio de

1976, a causa de su no utilización e incluso no instalación de medios para utilizarlo por llevarse a cabo particularmente a medio de instalaciones eléctricas, se aprobó, con el voto en contra del citado representante de «Hidroeléctrica Española, S. A.», la aplicación del criterio de que todos los copropietarios debían contribuir al sostenimiento de la calefacción, según dispone la Ley de Propiedad Horizontal, sin embargo, posteriormente, ante la reiteración del referido representante de «Hidroeléctrica Española, S. A.», de reserva de acciones en cuanto a la forma en que se había llevado a cabo la invocada liquidación de los indicados gastos de calefacción, se adoptó un nuevo acuerdo, por todos los intervinientes en esa Junta, sin constancia de voto alguno en contra y, por tanto, con el carácter de unanimidad, al no formularse impugnación alguna al respecto, de celebrar conversaciones la Junta de Gobierno de la precitada Comunidad de Propietarios con el aludido señor Martínez-Castellanos, representante de «Hidroeléctrica Española, S. A.», para tratar de aunar criterios referente a dicho problema planteado de gastos de calefacción, y concretamente sobre el coeficiente de participación en la propiedad, lo que determina, en el ámbito fáctico-jurídico, bajo un aspecto, que, en definitiva, no se mantuvo el inicial acuerdo de que la mencionada entidad «Hidroeléctrica Española, S. A.», hubiese de abonar su cuota de participación en el tan repetido servicio de calefacción, sin percibirlo, con el mismo alcance cuantitativo que los demás copropietarios que lo percibían, ya que mal se compagina la pretensión de existencia de una determinada situación cuando precisamente se acuerda, en definitiva, la celebración de conversaciones entre los interesados afectados para tratar de aunar criterios en relación con el problema planteado, dado que precisamente esas conversaciones no podían tener otra finalidad que, una vez concluidas, acordarlo en definitiva procedente, y cuyo acuerdo después de esas conversaciones no consta producido, persistiendo, en consecuencia, situación de incertidumbre sobre la cuestión planteada; bajo otro aspecto, porque, como queda puesto de relieve en el precedente considerando, la modificación de la situación creada en cuanto a la cuota asignada a «Hidroeléctrica Española, S. A.», para gastos de calefacción en virtud de acuerdo unánime adoptado en la Junta general ordinaria celebrada por la Comunidad de Propietarios en cuestión el 28 de junio de 1966, no puede venir apreciada por ambiguas y genéricas manifestaciones de aumentos asignables a todos los copropietarios «la cifra que se estima conveniente en proporción al coeficiente de propiedad», a causa de que incrementar un coeficiente, por sí sola, simplemente supone aumentar lo que ya se venía abonando, pero no alterar las bases a que ese abono venía sometido, pues esa alteración indudablemente requiere un acuerdo expreso, claro y terminante; y, finalmente, en razón a que, en todo caso, la alteración que de la base de abono acordada en la precitada Junta general de 24 de junio de 1966, con relación a «Hidroeléctrica Española, S. A.», se pretende por la Comunidad de Propietarios del inmueble en cuestión, con fundamento en lo acordado en la Junta general ordinaria de 11 de febrero de 1977, de que se viene haciendo referencia, siempre sería inviable, al no producirse con el requisito de unanimidad que exigen 1 párrafo segundo, *in fine* del epígrafe b) del artículo 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de junio de 1960,

así como el párrafo último, en concordancia con el segundo, del artículo 5.º y norma quinta del artículo 9.º del mismo Cuerpo legal regulador de tal modalidad de propiedad en cuanto que los acuerdos afectantes a la controvertida cuota de gastos de calefacción lo fueron con el voto en contra del señor Martínez-Castellanos representando a la entidad «Hidroeléctrica Española, S. A.», puesto que, de conformidad con lo normado en aquellos preceptos legales, fijada por unanimidad una determinada cuota de participación en los gastos de determinados servicios, con la consiguiente modificación de lo prevenido en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, la modificación que posteriormente se pretenda ha de venir configurada también con aquella exigencia de unanimidad.

Que lo consignado en el precedente, reiterado con su base argumentándose en el presente, lleva a igual solución estimatoria del motivo sexto, que se formula, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación, a causa de inaplicación, del artículo 1.256 del Código Civil, toda vez que si existe un acuerdo eficiente, en cuanto ha sido producido con requisito de unanimidad que la ley autoriza, el reconocimiento que la sentencia recurrida acoge de su modificación sin el previo preciso cumplimiento de igual exigencia de unanimidad, claramente denota el sostener la posibilidad de alterar los términos de un convenio por la simple voluntad de una de las partes, lo que no autoriza el indicado artículo 1.256 del Código Civil, ya que si las partes pueden usar de su autonomía de voluntad al perfeccionar todo convenio, sin embargo, éste, una vez perfeccionado, limita aquella autonomía reduciendo su arbitrio a los términos, alcance y efectos convenidos.

Que estimando el recurso de casación ejercitado por la entidad «Hidroeléctrica Española, S. A.», contra la sentencia dictada, con fecha 5 de mayo de 1982, por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, en las actuaciones de que aquel recurso dimanara, por acogida de los motivos quinto y sexto en que dicho recurso se apoya, declaramos haber lugar a éste, con devolución a la entidad recurrente del depósito constituido; y sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en el mencionado recurso. Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicte a la Audiencia referida, con devolución de las actuaciones remitidas.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en el *Boletín Oficial del Estado* e insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—José Beltrán. Antonio Fernández. Jaime Santos. Cecilio Serena. Mariano Martín-Granizo.—Rubricados.—PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Antonio Fernández Rodríguez, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y Ponente que ha sido en estos autos estando celebrando audiencia pública, en el día de hoy, de lo que como Secretario de la misma, certifico. Juan José Vizcaíno.—Rubricado.

Y en la segunda sentencia declara la nulidad de las Juntas posteriores en cuanto vulneran los derechos reconocidos a «Hidroeléctrica Española, S. A.», en la Junta de 28 de junio de 1966 y, en consecuencia, que esta

Sociedad sólo está obligada a participar en los gastos de agua caliente y calefacción centrales en el porcentaje del 20 por 100 de sus cuotas de condominio.

F. C. L.

SERVIDUMBRES.—EXTINCION. Artículo 546, número 3.º, del Código Civil (SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 1985).

El Tribunal Supremo declara, conforme al artículo 546, número 4.º, del Código Civil, que aunque la servidumbre de luces y vistas no pueda temporalmente ejercitarse como consecuencia de la demolición del predio dominante, no se extingue la misma si no ha transcurrido, una vez reconstruido el inmueble dominante, el tiempo necesario para la prescripción, que comienza a contarse desde la fecha de la demolición.

F. C. L.

TERCERIA DE DOMINIO.—REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL DE SEPARACION DE BIENES (SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 1985).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José María Gómez de la Bárcena y López, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la esposa actora y apelante que había otorgado con su marido deudor escritura de capitulaciones matrimoniales sustituyendo su régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación de bienes, sin previa liquidación de la sociedad conyugal, estimando que la esposa carece del carácter de tercero, por lo que no la compete ejercitar la acción de tercería de dominio respecto a los bienes embargados por obligaciones contraídas por el marido.

Se basa para ello en las siguientes consideraciones:

Que la acción de tercería de dominio deducida por la aquí recurrente, es desestimada en la sentencia de primer grado, al considerar que en la tercería no concurre tal condición, sino de la deudora, dado que siendo la deuda reclamada en el proceso del que la tercería es incidencia, preexistente a la alteración del régimen económico matrimonial a la sazón de sociedad legal de gananciales, el régimen de separación de bienes establecido por escritura de 24 de enero de 1978, no puede perjudicar ningún derecho adquirido por terceros, de acuerdo con el artículo 1.322 del Código Civil, además de que conforme el artículo 1.408 de dicho Código previene, todas las deudas y obligaciones contraídas por el marido durante el matrimonio han de responder con cargo a dicha sociedad, supuesto concuriente en el de autos, dado que, en otro caso sería fácil burjar los acreedores, a los que únicamente puede afectar la separación, desde la fecha de inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad, en el caso de bienes inmuebles, operada en el caso enjuiciado, con fecha posterior

a la de la anotación preventiva de embargo; razonamiento aceptado por la sentencia de alzada, al que se añade la siguiente consideración, la existencia del «hecho decisivo y que la parte obligada reconoce por expresarlo, a su vez, los propios documentos que aporta, es que entre la actora y el demandado señor E. existió una sociedad de gananciales, que se disolvió al modificar el régimen de gananciales por el de separación, pero en cuya escritura no aparece la necesaria liquidación, sino una simple relación de los bienes, que afirman constituían el activo y el reparto entre los cónyuges coincidentes en que sólo los inmuebles se adjudican a la esposa, hoy tercerista, sin que aparezca consecuencia alguna de la actividad del esposo contra el que se reclaman deudas contraídas antes de dicha fecha, y, reclamadas en proceso en que se demanda a la tercerista, lógicamente como esposa, participe en la sociedad de gananciales, por cuya normativa legal se regía el matrimonio», ante cuyos antecedentes fácticos, corroborados probatoriamente, viene a concluir en la desestimación de la pretensión actora, pues que «si la misma formaba parte de la sociedad que se beneficiaba con la condición del socio, su esposo, y obligadamente era responsable de la consecuencia de la misma», por lo que «no es tercera y carece de acción para sustraer de la ejecución los bienes inmuebles objeto de la misma».

Que si bien es cierto que tanto antes de la celebración del matrimonio, como con posterioridad al mismo, los cónyuges pueden acogerse al régimen económico matrimonial que estimen más conveniente, cuando aquél se hubiera contraído bajo el de la sociedad de gananciales, la sustitución de tal régimen, constante el matrimonio, por el de separación de bienes, exige se proceda a su liquidación, conforme el artículo 1.396 del Código Civil, establece, previa la formalización del oportuno inventario del activo y pasivo de la sociedad, en cuyo pasivo habrán de integrarse, a la luz del número 1.º del artículo 1.398, el importe de «las deudas pendientes a cargo de la sociedad», cuyo prioritario pago impone el artículo 1.399 del propio Cuerpo legal, y una vez abonadas las deudas de la sociedad conyugal, se dividirá el remanente entre los cónyuges, adjudicándoles por mitad, tal como establece el artículo 1.404; exigencias legales no cumplidas en el caso enjuiciado, como con acierto se señala en la instancia, por cuanto que, constando a la esposa, demandante de tercería, la existencia de un procedimiento seguido contra su esposo, en reclamación ascendente a más de 13.000.000 de pesetas, de cuya demanda tuvo cabal conocimiento, deducida en 27 de febrero de 1978, siendo a la sazón el sistema económico matrimonial el de sociedad de gananciales, se aviene a otorgar la escritura de modificación de tal régimen, en 24 de enero de 1978, y en connivencia con su esposo, acuerdan establecer el régimen de separación de bienes, inventariando los bienes de la sociedad, y sin hacer la previa liquidación pendiente de las deudas asumidas por el esposo, como representante de la sociedad, y cuya satisfacción ha de hacerse con cargo a la misma, en perjuicio de los legítimos derechos de acreedores anteriores, la disuelvan, adjudicándose la esposa los bienes inmuebles, y tres días antes» de acordarse su embargo, en ejecución de la sentencia firme recaída en el antes dicho proceso, adjudicándose al esposo unas determinadas acciones, que en la citada escritura se valoran por el mismo montante económico de los inmuebles.

Que es doctrina reiterada de esta Sala, ya iniciada en la Sentencia de 4 de abril de 1896, seguida por las de 20 de enero de 1904, 13 de enero de 1913, 2 de noviembre y 6 de diciembre de 1935, 22 de marzo de 1863 y las más recientes de 2 de febrero y 10 de diciembre de 1984, que a la vista del contenido de los artículos 1.532 y 1.539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, antes de proceder al examen de si los bienes embargados pertenecen en propiedad al accionante de tercera, ha de examinarse si el mismo es tercero, o, si por el contrario, en él concurre la condición de deudor, ya que de concurrir en el demandante tal condición, carecería de la legitimación precisa para ejercitar la acción tendente a que se le declare titular dominical del bien embargado; legitimación de la que, a la vista de lo antes razonado, carece la aquí accionante y recurrente, como en todo acierto se señala en las sentencias recaídas en la instancia.

Que si por una parte la realidad fáctica establecida en tales resoluciones no se combate por cauce adecuado, acudiendo al ordinal 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y si los bienes a los que la tercera se contrae forman parte de la sociedad de gananciales integrada por la impugnante y su esposo, debiendo responder de las deudas con cargo a aquéllas contraídas, al resultar inoperante la sustitución del régimen económico matrimonial preexistente, por el de separación de bienes, así como la adjudicación a la esposa de los inmuebles sin la previa liquidación de las deudas contraídas constante la sociedad de gananciales, los cuatro motivos que integran el recurso, todos aducidos con apoyo procesal en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley Adjctiva, han de decaer, ya que al supuesto enjuiciado no son aplicables los artículos 1.392, en relación con los 1.325 y 1.326 del Código Civil, motivo primero, ni el 1.923 del Código en relación con el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, motivo tercero, en los términos que la parte recurrente pretende, resultando inoperante el motivo segundo, que acusa la aplicación indebida del artículo 1.322 del mismo Cuerpo legal sustantivo así como la infracción por el mismo concepto, del artículo 1.408 del citado Cuerpo legal, denunciada en el motivo cuarto, no ya solamente porque su aplicación en la sentencia de primer grado constituye un razonamiento más conducente a la repulsa de la pretensión actora, sino también porque, aunque pudieran admitirse indebidamente aplicados tales preceptos, la sentencia impugnada, desesmatoria de la demanda, habría de mantenerse, con base a los demás razonamientos, extraídos de una apreciación fáctica no adecuadamente combatida.

COMENTARIO.—Esta sentencia se mueve en la línea de todas aquellas que protegen la buena fe en el tráfico jurídico y rechazan los actos otorgados en posible fraude de otras personas. Por eso no creo que deba interpretarse literalmente el *obiter dictum* de que la sustitución del régimen de gananciales constante matrimonio por el de separación de bienes exige que se proceda a su liquidación, sino que tal declaración debe interpretarse en relación con la *ratio decidendi*, que es el posible perjuicio a terceros; es decir, que sólo para el cambio de régimen econó-

mico matrimonial pueda afectar a los terceros se exige, en su caso —en caso de existir deudas u obligaciones pendientes— la previa o simultánea liquidación de la sociedad conyugal hasta entonces existente.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—ELEMENTOS COMUNES ESENCIALES Y POR DESTINO (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1985).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, 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 2.^a de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que confirmó la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Madrid, y ratifica que el patio cuya propiedad se discute es elemento común, en base a las siguientes razones:

Que en la demanda que inicia la litis de la que este recurso dimana se solicitó, en síntesis, la declaración de que el actor correspondía el dominio, posesión, tenencia y disfrute del patio a que tiene salida el piso de su propiedad, con los demás pronunciamientos consecuencia de dicha declaración, más la condena a la Comunidad de propietarios demandada al pago de los daños y perjuicios causados por la acción interdicital ejercitada por dicha Comunidad y a la que se dio lugar, en relación con el desmontaje de mampara, cubiertas, puertas, etc., existentes en dicha parte del patio; demanda que fue desestimada en primera instancia y su apelación, fundamentando esta última sentencia el rechazo, tras el debido análisis de las pruebas practicadas, en los siguientes razonamientos: a) los patios de un edificio en régimen de propiedad horizontal gozan *ope legis* de la condición de elementos comunes del inmueble, teniendo sobre los mismos todos los comuneros un derecho conjunto de copropiedad; b) el título de propiedad aportado por el demandante —escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad— no sólo no demuestra ser propietario del patio que reivindica, sino que evidencia que su dominio se limita al piso del que es titular, cuyo lindero por el fondo es, según dicho título, «caja de escalera y patio»; y c) de ser cierta la tesis del demandante de que el patio es de su propiedad exclusiva, tal supuesto tendría su adecuado reflejo en la superficie asignada al piso del actor en la escritura de división horizontal de la casa y en la correspondiente cuota de participación en la comunidad, y la prueba practicada —escrituras públicas y asientos registrales— demuestra que todos los pisos de la planta primera, como es el del actor, lindan con el patio, tienen la misma superficie y el mismo coeficiente de copropiedad y todos los pisos inmediatamente superiores al del actor, es decir, los pisos número 4 de las plantas segunda, tercera y cuarta, tienen, también, la misma superficie e iguales cuotas de participación, lo que evidencia que el patio del litigio no perdió nunca, en beneficio del demandante, su condición de elemento común de la casa.

Que si bien en los edificios en régimen de propiedad horizontal existen

unas partes o elementos que por la propia naturaleza de las cosas tienen que ser necesariamente comunes a los distintos propietarios de los pisos o locales, llamados por dicha razón esenciales o por naturaleza, tales como las cimentaciones, muros, etc., existen, sin embargo, otros llamados accidentales o por destino, como los patios interiores para dar luz y ventilación a la parte interna del edificio, respecto de los cuales lo mismo puede predicarse su cualidad de comunes y esta es la regla general por aplicación del artículo 396 del Código Civil en cuanto se adscriben al servicio de todos o de algún grupo de propietarios, como atribuirles la condición de privativos, con la particularidad de que así como en este último caso están sujetos a las servidumbres y limitaciones que sobre ellos recaigan en beneficio de los pisos o locales del edificio, en el supuesto de ser elementos comunes y con independencia de que su titularidad es de la Comunidad, el uso de los mismos, cuando el título constitutivo de la propiedad horizontal no lo haya previsto y ante la ausencia de normativa sobre el particular en la Ley Especial, se regirá por las disposiciones del Código Civil y más concretamente por lo establecido en su artículo 394 que faculta a cada partícipe para servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la Comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho, uso que en ningún caso puede comprender la realización de alteraciones en la cosa común por prohibirlo, tanto el artículo 397 del citado Código con carácter genérico, como el artículo 7, párrafo 2.º, de la repetida Ley de Propiedad Horizontal con carácter específico; a la luz de cuya normativa debe examinarse el recurso interpuesto contra la indicada sentencia que rechazó la pretensión actora de que se declarase ser propietario del patinillo que tiene salida su piso, examen que debe empezar por el motivo tercero, de preferente estudio, apoyado en el ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal en su anterior redacción y en el que se acusa el error de hecho en la apreciación de las pruebas que resulta de documentos auténticos que demuestran la equivocación del juzgador, pues a su entender las escrituras y certificaciones de asuntos registrales aportados al proceso, así como los documentos que se unieron a un anterior juicio de interdicto de recobrar seguido a instancias de la Comunidad aquí demandada, y preferentemente las fotografías obrantes en los autos, evidencian que el patio en cuestión está dividido en cuatro partes y cada una de ellas tiene una puerta de salida, no al patio en su totalidad, sino a cada patinillo en particular privativo de cada uno de los pisos bajos, por lo que cuando la descripción de las viviendas de la planta baja dicen que lindan con la caja de la escalera y patio, debe entenderse que lo es con el resto del patio, es decir, con el patio de las otras viviendas de la misma planta baja; motivo que no puede prosperar, en primer lugar, porque para que un documento tenga el carácter de auténtico a efectos de casación es menester que, por sí mismo, haga prueba de su contenido, de tal suerte que contenga la demostración de aquello que es contrario a las afirmaciones del juzgador, mostrando así su equivocación evidente, supuesto de autenticidad que manifiestamente no concurre en los documentos invocados, puesto que de ellos ha deducido el juzgador sus conclusiones fácticas; y, en segundo término, porque el motivo está dirigido

a rebatir el criterio del juzgador respecto a la apreciación conjunta de la prueba para sustituirlo por el singular juicio del recurrente mediante un examen disperso y fraccionado de alguno de los particulares de tales documentos, lo que no es lícito hacer ni menos admitir, para no convertir la casación en una tercera instancia con nueva valoración de todo el material de convicción traído al proceso.

Que el motivo primero del recurso, amparado en el ordinal primero del citado artículo, acusa la infracción por violación del artículo 396 del Código Civil en relación con el artículo 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal, pues a su entender no se puede establecer como axiomático que todo los patios de un inmueble dividido horizontalmente hayan de ser elementos comunes y en el caso de litis, continúa diciendo: *a)* el patio cuya propiedad se reclama es la cuarta parte de un patio dividido por la entidad constructora y adscrito, según el proyecto de obra, a cada una de las viviendas de la planta baja, únicas que tienen acceso al mismo; *b)* se silencia por la demandada si en la medida superficial que se le asigna a la vivienda del recurrente está incluido o no el referido patinillo; *c)* la Comunidad demandada no aporta la escritura de obra nueva y división horizontal, ni el proyecto con sus planos, así como tampoco prueba su dominio sobre el patinillo; y *d)* la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de mayo de 1964 distingue entre el uso del patio común y la titularidad dominical del mismo, pudiendo aquél atribuirse a los propietarios de la planta baja, con la que ordinariamente tiene una comunicación directa; motivo que, igualmente, debe perecer porque, en definitiva, si la sentencia recurrida sienta como presupuesto de hecho que la vivienda del actor linda por su fondo con el patio común y tal presupuesto fáctico no ha sido desvirtuado, según se hace constar en el anterior considerando, es manifiesto que el argumentar a base de distinguir entre patio total y patinillos adscritos a cada vivienda de la planta baja es hacer supuesto de la cuestión y atacar la resultancia probatoria por el cauce del número 1.º del artículo 1.692, que no es el idóneo para dicha finalidad; todo ello, claro es, referido a la propiedad discutida, no al uso del suelo del patio que se rige, como se ha dicho, por las normas del Código Civil relativas a la comunidad de bienes en defecto de previsión en el título constitutivo de la propiedad horizontal; conclusión desestimatoria que debe aplicarse también al motivo segundo en el que se denuncia la infracción de los mismos preceptos del motivo anterior, aunque en esta ocasión por el concepto de interpretación errónea, desestimación que procede, no sólo por ser incompatible dicho concepto de interpretación errónea con el de inaplicación articulado o el motivo precedente, ni sólo, tampoco, porque la interpretación ha de referirse al sentido y alcance de un precepto legal y no a la apreciación de los elementos de prueba tenidos en cuenta por el juzgador para afirmar o negar la certeza de los hechos invocados, supuesto este último que es de litis en cuanto la sentencia decide cuál es el lindero de la vivienda por la valoración de los distintos elementos de convicción existentes en autos, sino, fundamentalmente, porque, en definitiva, este motivo no hace más que

reproducir los mismos argumentos utilizados en el motivo anterior para defender el carácter privativo del patinillo y, por tanto, le son aplicables para su rechazo la misma fundamentación utilizada para desestimar aquél.

F. C. L.

USUCAPION.—TRADICION INSTRUMENTAL. Artículos 348, párrafo 2.º, y 1.952 del Código Civil (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1985).

Estimada parcialmente la demanda por Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, que, revocando en parte la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de dicha ciudad, estimó adquirida la propiedad de algunas de las parcelas que reclamaban los actores en virtud de escritura pública de compraventa y de algunas otras por usucapión, recurrida dicha sentencia por ambas partes, el Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Luis Albacar López, declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos interpuestos, conforme a las siguientes consideraciones:

Que el primero de los recursos presentados lo fue por la representación de los actores apelantes, don A. M. y don F. S. L., y se funda en dos motivos, de los cuales el primero se articula «por infracción de ley de la doctrina legal concordante, al amparo de lo dispuesto en el artículo 692, ordinal primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por infracción de la norma contenida en el artículo 1.940, en relación con el artículo 1.952, ya que el título para adquirir por usucapión ordinaria la parcela 15 del Mapa Topográfico Catastral de Los Llanos, en Churriana de la Vega, no puede ser un título jurídicamente perfecto, para transmitir el dominio, ya que en ese caso sobraría esta institución», y debe ser rechazado, toda vez que, si bien es cierto que esta Sala tiene declarado que «el artículo 1.952 entiende por justo título el que legalmente basta para transferir el dominio o el derecho real de cuya prescripción se trate, preceptuando el artículo 1.953 que el título para la prescripción ha de ser verdadero y válido, habiendo sostenido la jurisprudencia de esta Sala que aun cuando exista algún defecto o vicio originario ello no puede servir de obstáculo para que opere la prescripción adquisitiva, pues para subsanar tales vicios o defectos existe la prescripción, que de otro modo sería una institución inútil» (Sentencia de 11 de diciembre de 1965) también lo es que, declarado como fundamento fáctico por la resolución recurrida en relación con la referida parcela número 15, que con la demanda se presentan diversas escrituras de adquisiciones de la finca, en todas las cuales se dan los mismos linderos; linderos que según la demanda son erróneos y que estos títulos no se identifican sobre la parcela número 15 como se pretende en la demanda, sin que tal hecho haya sido combatido en casación al amparo del número 7 del artículo 1.692, única vía útil para ello, es obvio que debe prevalecer la conclusión a que llega la resolución que se recurre de la imposibilidad de prescripción ordinaria, por no ajustarse el título a la parcela que se pretende adquirir por prescripción, razón por la que debe decaer este primer motivo.

Que en parecidos términos habremos de pronunciarnos con relación al segundo y último motivo de este recurso, formulado «por infracción de ley y de la doctrina legal concordante, al amparo del artículo 1.692, ordinal primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la norma contenida en el párrafo 2.º del artículo 348 del Código Civil, en relación con el artículo 103, número 4, de la Ley Hipotecaria y el artículo 173 de su Reglamento, infringidas por el concepto de interpretación errónea», y en el que se alega que para que prospere la acción reivindicatoria basta con que se identifique la cosa y pueda ser restituida sin que el hecho en que la desposesión sea parcial signifique imposibilidad de que prospere la acción, por lo que, al estimarse por el recurrente acreditado el dominio por parte del mismo de las parcelas números 12, 13 y 16, así como su desposesión parcial por parte del Ayuntamiento demandado, debió de prosperar la acción reivindicatoria, motivo que, como dijimos, también habrá de verse rechazado, puesto que, proclamado por la resolución que se recurre, en relación con la parcela número 16, que no existen en los autos elementos de prueba de los que pueda deducirse que se haya precisado la extensión en que se haya desposeído al actor, ni en la demanda se ha concretado, lo que hubiera sido necesario para precisar lo que habría que restituir la corporación demandada, y, con relación a la parcela número 12, que no puede acordarse la restitución de la misma por no concretarse qué porción de parcela ha sido objeto de desposesión, es lo cierto que tales afirmaciones, como cuestiones de hecho que son, no aparecen adecuadamente combatidas en concepto de error en la apreciación de la prueba, por lo que deben reputarse inmutables las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida.

Que si entramos ya a examinar el segundo recurso, veremos que lo anteriormente apuntado es enteramente aplicable al primer motivo, suscitado por la corporación demandada, en concepto de recurrente, ya que amparado este primer motivo «en el párrafo 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por estimarse que el fallo de la sentencia recurrida contiene violación por inaplicación del artículo 348, párrafo 2.º, del Código Civil, en relación con la reiterada doctrina jurisprudencial de que para que pueda prosperar la acción reivindicatoria sobre el dominio de los inmuebles es preciso acreditar el requisito de la plena identificación de la finca», alegándose en el cuerpo de dicho motivo que las parcelas 12, 11 y 13 no se hallan plenamente identificadas y, sin perjuicio del error no esencial en que incurre el recurrente, al olvidar que respecto a tales parcelas la resolución que se recurre no estima la acción reivindicatoria, sino simplemente la declarativa de dominio, cuyo éxito exige, sin embargo, y en la misma medida que aquella, el requisito de la identificación de la finca, ha de proclamarse que, como tiene sentado una constante doctrina de esta Sala, la cuestión de la concurrencia de la identificación de una finca es una cuestión de hecho que, como tal, corresponde sentar al Tribunal de instancia, y que una vez sentada tan sólo puede ser impugnada al amparo del ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que, al no haberlo hecho así, procede la desestimación de este motivo.

Que por lo que se refiere al segundo motivo de este segundo recurso, formulado, como todos los demás, al amparo del ordinal primero del

artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por estimarse que el fallo de la sentencia recurrida contiene violación por inaplicación del artículo 609, párrafo 2.º, del Código Civil», que proclama que la propiedad se adquiere y transmite «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición» y a través del cual se alega por el recurrente que las aludidas parcelas catastrales, números 11, 12 y 13, que fueron transmitidas por su titular anterior don A. S. L. a su hermano, don M., en escritura pública de 5 de octubre, no pudieron ser adquiridas por éste, toda vez que, al haber sido desposeído aquél el año anterior por el deslinde efectuado por el Ayuntamiento no pudo operarse la tradición de las fincas, será también objeto de rechazo por desconocer que, gracias al mandato del artículo 1.462 del Código Civil, y habiéndose operado la venta de tales parcelas en escritura pública, el otorgamiento de ésta equivale a la entrega de la cosa siempre que, como sucede en el presente caso, no se estipulase ni resultase de la escritura lo contrario, por lo cual, habiéndose operado la tradición instrumental de las repetidas parcelas habrá de entenderse que el actor don M. S. L. adquirió el dominio de las mismas, en la fecha de otorgamiento de la escritura pública de compraventa de ellas.

Que, finalmente, también deberá rechazarse el motivo tercero de este segundo recurso, amparado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «por estimarse que el fallo de la sentencia recurrida contiene una aplicación indebida del artículo 1.957 del Código Civil en relación con el artículo 1.941 del mismo texto, y con las parcelas catastrales números 11, 12 y 13 de cuya usucapión se entendió por la Sala consumada por el actor don M. S. L., así como en relación con los demás preceptos y jurisprudencia que se citan», puesto que como acertadamente razona la resolución recurrida, con relación a las parcelas 11 y 13, únicas que reputa adquiridas por prescripción, puesto que la número 12 lo fue por transmisión del título, hay que reconocer que los actores poseyeron de buena fe, en concepto de dueño y con justo título el tiempo necesario para la usucapión desde el año 1959 en que se inició su posesión hasta el año 1976 en que se les privó de la posesión por el Ayuntamiento, en virtud del deslinde administrativo, por lo que cuando se operó la transmisión por don A. a don M. S. L. ya había transcurrido, con creces, el plazo prescriptivo, habiendo pasado a su dominio las fincas aludidas, y teniendo en su consecuencia facultades para transmitirlo por escritura pública de venta a su hermano don M., por todo lo cual debe decaer este tercer último motivo.

F. C. L.

SOCIEDAD ANONIMA PENDIENTE DE INSCRIPCION.—IRRETROACTIVIDAD DE ESTA (SENTENCIA DE 13 FEBRERO DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime de Castro García, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelada contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial

de Granada revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Málaga, conforme a las siguientes consideraciones:

Que según entiende la sentencia objeto de recurso, cuyas declaraciones fácticas no han sido combatidas en la casación, otorgada el 12 de febrero de 1976 la escritura fundacional de la «sociedad mercantil anónima PROPIEDADES, S. A.», con un capital dividido en 500 acciones suscritas en número de 594 por don José Manuel Roda Ruiz, quien aportó en pago a la Compañía dos solares y una parcela, el referido instrumento público no fue presentado en el Registro correspondiente hasta el 16 de septiembre de 1977, causando inscripción el 17 de octubre, y hasta el 12 de diciembre del mismo año no tuvo constancia en el Registro de la Propiedad el cambio en la titularidad dominical en favor de la recurrente; acaeciendo que en juicio ejecutivo entablado por el «BANCO CENTRAL, Sociedad Anónima», contra don José Manuel Roda Ruiz y otro con base en una póliza de crédito por importe de 3.500.000 pesetas, fueron embargados dichos bienes el 19 de octubre de 1976, siendo practicada la anotación preventiva de la medida cautelar el 22 de junio de 1977, por lo tanto, en tiempo señaladamente anterior a la trascendencia registral del contrato constitutivo de «PROPIEDADES, S. A.», y cuando figuraba como dueño tabular el ejecutado.

Que frente a la resolución de la Sala rechazando la tercería de dominio promovida por la citada Sociedad Anónima respecto de aquellos tres inmuebles en que consistió la aportación no dineraria del socio nombrado, se alza el motivo inicial del recurso amparado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando falta de aplicación de los artículos 6.º, 7.º y 31 de la Ley sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, alegando que si bien aquella norma establece taxativamente que la Compañía no adquiere personalidad jurídica en tanto que la escritura no haya sido inscrita, del artículo 7.º «se desprende inequívocamente que el hecho de la inscripción en el Registro Mercantil obligatoriamente hace retrotraer los efectos de la misma al instante de la constitución de la Sociedad, por lo que queda perfectamente claro que, aunque la inscripción se realizó en fecha 17 de octubre de 1977, todos los efectos inherentes a la misma tienen plena aplicación y se retrotraen al 12 de febrero de 1976»; tesis que no puede prosperar, por las siguientes razones: Primera.—Atendidos los términos categóricos del precepto, convienen la doctrina jurisprudencial y la científica que la inscripción de la escritura fundacional en el Registro Mercantil tiene la condición de requisito constitutivo y en tanto no se cumpla la Sociedad carece de personalidad a los fines previstos en los artículos 35, número 2.º, 36 y 38, párrafo 1.º, del Código Civil, aunque tal situación de interinidad del ente en formación surte determinados efectos entre los contratantes, si bien ese núcleo jurídico obligacional *inter partes* no puede ser calificado propiamente como sociedad anónima imperfecta, y de otro lado no es permitido admitir en nuestro ordenamiento positivo la figura de una sociedad anónima irregular, por lo que la eficacia del embargo sólo podría desvanecerse en el caso de mediar un acto dispositivo válido, anterior a la anotación tabular privando al deudor ejecutado de sus facultades más características, en virtud de la presunción de exactitud

del Registro proclamada en los artículos 38 y 39 de la Ley Hipotecaria, negocio traslativo para cuya creación es indispensable la existencia de un sujeto adquirente, primordial presupuesto que no concurre, puesto que si «PROPIEDADES, S. A.», no había nacido como persona jurídica al tiempo en que el embargo se produjo mal podía tener en su patrimonio los bienes en cuestión. Segunda.—La posibilidad de convertir en el curso de su fundación a la sociedad anónima en sociedad civil dotada de personalidad, es descartada por las voces más numerosas entre los autores, a cuyo parecer ante la falta de inscripción registral no puede darse paso a una figura societaria regular o irregular o de otra clase, porque ello pugnaría con la voluntad de los socios y con su derecho a la restitución de las aportaciones realizadas, sino que ha de ser aplicada en todo su alcance la normativa de la Ley de 17 de julio de 1951, como apuntó la Sentencia de 6 de febrero de 1964. Tercera.—Si la falta de inscripción de una sociedad anónima, sin perjuicio de que el contrato vincule a los socios, «implica su inexistencia para terceros» como reitera la Sentencia de 9 de marzo de 1981, es manifiesto que sólo a partir del acceso de la escritura al Registro Mercantil pudo adquirir la Sociedad de que se trata el dominio de las fincas aportadas por el ejecutado, «de donde se sigue que al ser embargadas en fecha anterior a la inscripción determinante de la personalidad jurídica de la demandante, ésta no era propietaria, y consiguientemente la tercería de dominio, que implica el ejercicio de una acción reivindicatoria, no puede prosperar, pues falta la prueba de ser la actora titular del dominio de las fincas embargadas al practicarse la traba», según ya tiene declarado esta Sala en sus Sentencias de 22 de febrero de 1980 y 6 de marzo de 1981, resolviendo controversia que guarda práctica identidad con el tema ahora debatido. Cuarta.—Inexistente la sociedad como persona jurídica, por cuanto las normas de constitución y publicidad de las Compañías mercantiles no pueden ser sustituidas por las civiles, como dicho queda, no ofrece duda que la anónima no inscrita carece de un patrimonio autónomo formado por las aportaciones de los socios, sin que sea dable invocar el artículo 7.º de la Ley, sobre el tratamiento de los contratos celebrados en la fase denominada de «presociedad» o *in fieri*, pues el proceso actual no versa sobre tal supuesto y tampoco cabría retrotraer en perjuicio de tercero la fecha de adquisición de personalidad jurídica por la Sociedad, con relación al cual no había nacido la misma al campo del Derecho al tiempo en que el embargo se trabó.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—REPRESENTACION ORGANICA DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD. RUINA DEL EDIFICIO. CONCEPTO Y DIFERENCIA CON LOS VICIOS OCULTOS (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada

y apelante contra la Sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Tarrasa, en virtud de los siguientes fundamentos:

Que, según se dice en la exposición de motivos, el normal funcionamiento del régimen de propiedad horizontal se ha confiado, por la Ley que la regula, a tres diferenciados órganos, la Junta de copropietarios, el Presidente de la misma y el Administrador, atribuyendo su artículo 12 a dicho Presidente —que debe elegirse entre los copropietarios— la representación de la Comunidad en juicio y fuera de él en los asuntos que la afecten, representación que no es la ordinaria que se establece entre el representante y el representado, sino la orgánica en cuya virtud la voluntad del Presidente frente al exterior vale como voluntad de la Comunidad de la que es su órgano de manifestación (Sentencias de 19 de junio de 1965, 13 de diciembre de 1979, 10 de junio de 1981, 26 de mayo de 1982, 5 de marzo de 1983, 9 de enero y 29 de mayo de 1984, etc.), por lo que si en la presente litis no se discute la cualidad del Presidente del señor L. R., y fue éste quien otorgó los poderes al Procurador que formuló la demanda, es visto que no puede prosperar el motivo primero del recurso que, amparado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denuncia la infracción del número 3.º, del artículo 533 de dicha Ley, en relación con el artículo 17 de la de Propiedad Horizontal, pues el citado Procurador estaba investido de la representación correspondiente conferida por quien podía otorgarla, ello aparte de que, además, en el poder emitido se testimonia por el fedatario público el acta de la Junta de la Comunidad en la que consta el nombramiento del citado Presidente y el acuerdo de que ejercite cuantas acciones estime oportunas contra los promotores, constructores y arquitectos como consecuencia de la aparición de diversas humedades en los áticos del inmueble; sin olvidar, por otra parte, que dicho señor L. R., actuando como simple copropietario otorgó poderes al mismo Procurador y es sabido que cualquier comunero puede ejercitar las acciones pertinentes en defensa de los intereses de la Comunidad.

Que la jurisprudencia de esta Sala viene comprendiendo dentro del concepto de ruina del artículo 1.591 del Código Civil, no sólo el derrumbamiento actual o previsible de todo o parte de un edificio por graves defectos que afecten a su estructura o a sus elementos esenciales (Sentencia de 20 de noviembre de 1959), sino también aquellos otros defectos constructivos que por exceder de las meras o simples imperfecciones corrientes impliquen una ruina potencial que hagan temer por su pérdida o le inutilicen para la finalidad que les propia, entre los que la mencionada doctrina relaciona los vicios en la cubierta por el mal resultado de las juntas de sellado con aparición de líneas de fisura que la hagan inservible para sus fines (Sentencia de 27 de diciembre de 1983), los desprendimientos de ladrillos de la fachada, las filtraciones de agua, la inadecuada impermeabilización, las grietas y humedades, etc. (Sentencias de 21, 8 de febrero de 1982, 17 de febrero y 16 de julio de 1984, etc.), doctrina que, aplicada al caso aquí contemplado, conduce a incurrir en el indicado concepto de ruina los discutidos defectos en la cubierta del edificio, consistentes en humedades causadas por la defectuosa cons-

trucción de la terraza, «al no estar debidamente introducida o empotrada en las paredes que delimitan aquel espacio la tela asfáltica ni haberse aplicado pintura impermeable a los paramentos interiores de las paredes o barandas de obra existentes en la terraza», en cuanto tales defectos constructivos, además de suponer una ruina potencial, inciden en la habitabilidad del inmueble, lo que conduce a la desestimación del segundo motivo, amparado en el mismo ordinal del artículo 1.692 y en el que se acusa la infracción, por violación, de los artículos 1.484 en relación con los 1.485 y 1.490, todos ellos del Código Civil, pues, según queda expuesto, los defectos de que adolece la construcción constituyen, no simples vicios ocultos, cuya acción de saneamiento se extingue a los seis meses, sino defectos constructivos tipificables en el mencionado artículo 1.591 y a los que conviene la prescripción decenal establecida en dicho precepto, conclusión que lleva aparejada, también el rechazo del motivo tercero, amparado en el mismo número del repetido artículo 1.692 y en el que se acusa la aplicación indebida del indicado artículo 591, al tomar como base de su argumentación, en contra de lo anteriormente afirmado, que las humedades del inmueble constituyen vicios ocultos y no defectos de construcción integrados en el concepto de ruina.

F. C. L.

II. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Por JOSÉ QUESADA SEGURA y
RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ

CULPA EXTRA CONTRACTUAL: HAN DE CONCURRIR CULPA Y ELEMENTO CAUSAL (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1985):

Doctrina de la Sentencia.—Entre los requisitos integrantes de la culpa extracontractual o aquiliana, hay elementos de acusado matiz fáctico, como son la naturaleza y circunstancias de la acción u omisión, y la realidad y cuantía del daño causado, y otras de predominante índole jurídica, tales como la culpa o negligencia y el elemento causal; en lo que respecta a la atribución de culpa o negligencia al agente productor del daño, ha de obtenerse haciendo aplicación de la definición que contiene el párrafo primero del artículo 1.104 del Código Civil, en cuanto determina que la misma consiste en la «omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar», así como que, por lo que se refiere al elemento causal, ha de entenderse, a los efectos de decidir sobre su existencia, que es causa eficiente para producir el resultado, aquella que aun concurriendo con otras concausas simultánea o sucesivamente, de modo indubitado prepare, condicione o complete la acción de la causa última, actuando tales concausas respectivamente como mediata e inmediatamente originarias del evento dañoso que por su acción conjunta se produjo.

J. O. S.

AL PROMOTOR-PROPIETARIO LE SON APLICABLES LOS ARTICULOS 1.591 Y 1.909 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—La denominación de «promotor», gramaticalmente equivoca, en cuanto susceptible de diversos significados, sirve para designar en alguna de sus acepciones iniciales «a quien pone en movimiento, activa o hace en principio algo», o «a quien inicia, o da impulso a alguna cosa», lo que proyectado sobre el marco de la construcción y a la vista de la reglamentación de las Viviendas Sociales y Protegidas, en cuyo ámbito surge el término, ha dado lugar a que con el mismo se designe, por regla general, a la persona física o jurídica, privada o pública, que facilita la edificación de todo tipo de viviendas, bien para su venta a terceras personas, bien para sus asociados, etc., localizando terrenos edificables, buscando capitales, poniendo en conexión a los propietarios de solares con constructores o capitalistas, facilitando compradores, etc., y todo ello sin olvidar que en el cada día más complicado mundo de la construcción, en ocasiones la figura del «promotor» haya ido ampliando los matices de su significación gramatical inicial, para incluir dentro de sus actividades y cada vez con mayor frecuencia, las de constructor e incluso vendedor.

Es doctrina de esta Sala en la materia que al promotor-propietario que concierne con un contratista o un conjunto de empresas la ejecución de la obra le son aplicables, en casos como el presente, los artículos 1.591 y 1.909 del Código Civil, preceptos estos que cual tiene manifestado también esta Sala, entre otras en Sentencias de 13 de febrero y 14 de noviembre de 1984, pueden coexistir.

J. Q. S.

EL REQUERIMIENTO JUDICIAL DEL ARTICULO 1.504 DEL CODIGO CIVIL SERA VALIDO AUNQUE HAYA SIDO HECHO POR JUEZ INCOMPETENTE (SENTENCIA DE 26 DE FEBRERO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—El precepto general del artículo 1.100, relativo a la mora en el cumplimiento de las obligaciones recíprocas y de no ser necesario el requerimiento al deudor cuando una de las partes ha cumplido lo que le incumbe según el contrato, cede ante el precepto más específico, caso de la venta de inmuebles, del artículo 1.504 del Código Civil, según el cual, aún sin el llamado pacto comisorio expreso, podrá pagar el deudor mientras no sea requerido judicial o notarialmente, lo que no es sino un beneficio para el comprador, quien, a pesar de su incumplimiento o falta de pago en el plazo aceptado, tiene una posibilidad de cumplir, salvo que medie el aludido requerimiento.

No obstante la polémica doctrinal existente en torno a la naturaleza jurídica del requerimiento *ex* artículo 1.504 del Código Civil, es doctrina reiterada de esta Sala que dicho acto constituye una notificación al deudor obstativa al pago y declarativa de la voluntad del vendedor de tener por

resuelto el contrato, mas no un requerimiento o intimación para el pago del precio, es decir, un acto cuyo fin esencial y último es el ejercicio del derecho a la resolución contractual, constituido por una declaración unilateral de voluntad a la que el pacto o la ley anuda el efecto jurídico de la resolución con sus efectos consiguientes, de los que sólo podrá escapar el deudor si paga o cumple antes de recibir esa comunicación, no después.

Dado que la finalidad del requerimiento es notificar la voluntad resolutoria, si la citación con el traslado de la copia de la papeleta de demanda de conciliación llega, como así ha de ser, al conocimiento del comprador, aquella finalidad se ha cumplido, sea o no sea competente, por razón del territorio, el Juez conciliador.

J. Q. S.

NO ACTUA DE MALA FE QUIEN EJERCE NORMALMENTE UN DERECHO (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—Si ejercitar los derechos conforme a las exigencias de la buena fe —artículo 7, 1, del Código Civil— equivale a sujetarse en su actuación a los imperativos éticos exigidos por la conciencia social y jurídica de un momento histórico determinado, imperativo inmanente en el ordenamiento positivo, es claro que cuando la Comunidad de propietarios trata de exigir el cumplimiento de unos concretos preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal, que prohíben al propietario de un piso hacer alteraciones en los elementos comunes del inmueble, no está infringiendo el indicado principio de buena fe, pues su conducta, al actuar de tal forma, lejos de pugnar con exigencias éticas, sólo supone el ejercicio normal de un derecho, con la lícita finalidad de poner término a una trasgresión jurídica.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA: NO HACE FALTA QUE EL NEGOCIO SE HALLE EN ACTIVIDAD (SENTENCIA DE 4 DE MARZO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—La determinación de si lo arrendado constituye una industria o si ha de ser conceptuado como local de negocio con instalaciones o accesorios, entraña una cuestión que ha de resolverse considerando que se tratará de la locación de un establecimiento mercantil cuando el contrato versa sobre una organización patrimonial económicamente productiva, o con susceptibilidad para serlo, integrada por un conjunto organizado y dispuesto («aviado») con tal pluralidad de elementos para proceder a la explotación que constituye la finalidad de una empresa determinada, sin que sea menester, como se desprende del artículo 3, párrafo 1, de la Ley especial, y así lo ha señalado la Sentencia de 15 de noviembre de 1984, que la empresa o negocio se encuentre en actividad al tiempo de la celebración del contrato, sino que basta que

se haga entrega al arrendatario de los componentes para que la industria funcione, siempre que el objeto contractual haya sido creado por el arrendador.

J. Q. S.

FUERZA ATRACTIVA DE LA JURISDICCION ORDINARIA. DIFERENCIAS ENTRE EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCION ORDINARIO Y EL SUMARIO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—Al gozar la jurisdicción ordinaria, como fuente y raíz de todas las restantes, de fuerza atractiva para llevar a su ámbito la preferencia en el conocimiento de los casos que se estimen dudosos, postulado que se acomoda al principio de las garantías referentes al órgano jurisdiccional o derecho «al Juez natural» proclamado en el artículo 24, párrafo 2, de la Constitución, siempre prevalecerá aquélla frente a la laboral si se trata de decidir sobre temas que no están nítidamente atribuidos a ésta.

Entre el procedimiento de ejecución ordinaria y el sumario del artículo 131 existen marcadas diferencias, pues mientras que en el procedimiento ordinario se fija mediante tasación pericial el valor económico íntegro de la finca, en el sumario son los propios interesados los que la tasan por su valor efectivo, deduciendo o debiendo deducir del valor económico integral las cargas perpetuas, diversidad que, a su vez, lleva aparejada la exigencia de una liquidación de cargas en el procedimiento ordinario como diligencia de todo punto indispensable para rebajar del precio del remate el importe de las que subsistan pagadero en su día, y señalar la cantidad de pago inmediato, mientras que en el procedimiento sumario carece de finalidad la liquidación de cargas.

J. Q. S.

PARA QUE SE PRODUZCA INTIMIDACION LA AMENAZA HA DE SER INJUSTA (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—Para que la intimidación vicie el consentimiento se precisa que la coacción moral que se aduzca como causa esté integrada por una amenaza injusta o ilícita, con marcado matiz antijurídico, y tan fuerte que obligue al sujeto que la padece a que su voluntad se manifieste en sentido contrario a sus intereses, anulando su consentimiento, de manera que se produzca entre éste y la invocada intimidación nexo causal, lo que no puede apreciarse cuando el hecho pretendido como injusto emane de una situación proveniente del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho.

Reconocido que los recurrentes libraron cheques en descubierto, claramente significa que el procedimiento penal planteado con su causa por los referidos recurridos tiene su razón de ser en el ejercicio legítimo de un derecho, con correcta y no abusiva utilización de él, dado que, cuando los hechos imputados en el ámbito penal son ciertos, en manera alguna

pueden constituir un mal injusto ni pueden, por tanto, justificar la aplicación del aludido párrafo 2 del artículo 1.267 del Código Civil.

J. Q. S.

LOS «PAPELES PRIVADOS» SON LOS QUE SE FORMAN PARA MANTENERLOS CONSIGO (SENTENCIA DE 13 DE MARZO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—Los «asientos, registros y papeles privados» a que se refiere el artículo 1.228 son aquellos que «se forman y conservan por uno solo de los interesados» y «para mantenerlos consigo», no conviniendo el concepto, por lo tanto, al documento anexo a la carta que dirigió la entidad demandada a la demandante y que, de existir, caería fuera de la noción legal, ya que habría sido confeccionado justamente para ser cursado a la otra parte.

J. Q. S.

LA VOLUNTAD REBELDE AL CUMPLIMIENTO VIENE EN PRINCIPIO DEMOSTRADA POR EL HECHO DE LA INEFECTIVIDAD DEL PRECIO (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—Según reiteradas declaraciones jurisprudenciales, la resolución por incumplimiento del comprador en la compraventa de inmuebles, con arreglo al artículo 1.504 del Código Civil, modalidad singular de la facultad genérica regulada en el artículo 1.124 para toda clase de obligaciones bilaterales, descansa sobre el presupuesto del requerimiento preceptivamente exigido por aquella norma, además del elemento básico de la concurrencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento por parte del contratante contra quien la acción se ejercita, bien entendido que la actitud incumplidora sancionable con la resolución por estar informada de tal ánimo vulnerador de lo pactado, viene en principio demostrada por el hecho mismo de la ineffectividad del precio, salvo la intervención de circunstancias denotadoras de que al comprador no le es reproachable la falta de prestación.

J. Q. S.

LA CONSTRUCCION DE UNA MARQUESINA REQUIERE EL CONSENTIMIENTO UNANIME DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS (SENTENCIA DE 29 DE ABRIL DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—La construcción de la marquesina no implica una mera modificación de los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de un determinado piso, sino que aunque no se ha probado que menoscabe o altere la seguridad del edificio, sí que afecta a su estructura general y a su configuración o estado exteriores, además, su construcción perjudica los derechos de otros propietarios; por lo

que no es suficiente para su erección la simple dación de cuenta previamente, a quien represente a la comunidad, a la que se refiere para otros supuestos el artículo 7 de la Ley especial, sino que conforme al artículo 11 de la misma Ley tal alteración de la estructura del edificio afecta a elementos comunes como es la fachada y, por lo tanto, al título constitutivo y debe someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo; que no es otro que el señalado en el artículo 16, norma 1.ª, es decir, la exigencia de la unanimidad de la Junta de propietarios para la validez de los acuerdos que impliquen, como el discutido, modificación del título constitutivo de la propiedad.

J. Q. S.

LA PRESCRIPCION DEBE MERECER UN TRATAMIENTO RESTRICTIVO. SON COMPATIBLES LAS INDEMNIZACIONES POR ACCIDENTE DE TRABAJO Y LA DIMANANTE DE ACTO CULPOSO (SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1985).

Hechos.—Un albañil cayó del tejado de un edificio en construcción y sufrió lesiones que le ocasionaron incapacidad permanente para el trabajo. Aunque se le asignó una pensión de la Seguridad Social, el empresario es condenado a indemnizar.

Doctrina de la Sentencia.—Es lo primero traer a consideración la reciente doctrina de esta Sala acerca de la prescripción, como limitación que es al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una aplicación rigorista al ser institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento fuertemente restrictivo (Sentencias de 2 de febrero y 16 de julio de 1984), criterio que también se da en la esfera patrimonial si los daños materiales proceden de hechos o causas de tracto continuo.

Es reiterada doctrina de esta Sala la de la compatibilidad de la indemnización satisfecha por accidente de trabajo y la dimanante de acto culposos. La reglamentación especial no sólo no restringe el ámbito de aplicación de los artículos 1.902 y 1.903 del Código Civil, reguladores de la culpa extracontractual, sino que explícitamente viene reconociendo su vigencia, al admitir expresamente la posibilidad de que puedan derivarse del hecho cuestionado otras acciones que las regidas por la legislación laboral, exigibles las mismas ante esta jurisdicción civil.

J. Q. S.

PROCEDE DENEGAR EL DESAHUCIO SI RESULTA DUDOSO EL DERECHO DEL ACTOR (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—La materia propia del juicio de desahucio obliga a contemplar, por una parte, la suficiencia del título del demandante para acreditar la posesión real que lo legitima para promoverlo, y, por otra, si el demandado es un ocupante por mera tolerancia o por

el contrario tiene algún título que le vincule con el objeto o con el demandante y que justifique su permanencia en la posesión, no para dilucidar su eficacia o la plénitud de sus efectos, sino para evitar que al amparo de un proceso sumario y rápido que exige términos sencillos y claros en su planteamiento, se solventen situaciones complicadas que requieren una discusión más amplia y rodeada de mayores garantías; procediendo denegar el desahucio si del título invocado por el demandado resulta, a primera vista, cuando menos dudoso el derecho del actor a obtener la efectividad de su derecho a poseer, sin perjuicio de su discusión en el juicio declarativo correspondiente, por cuanto las cuestiones complejas afectantes al título salen del ámbito de este juicio sumario.

El derecho a obtener la tutela efectiva de los Tribunales en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos sólo garantiza una decisión judicial congruente con la pretensión deducida y fundada en Derecho, al margen de que sea o no favorable a lo pretendido; y el derecho a la presunción de inocencia, más propio del ámbito penal, no implica limitación alguna a la potestad que incumbe a los órganos jurisdiccionales civiles para apreciar y valorar, según las reglas predeterminadas por la Ley, los elementos de convicción traídos al proceso, sin perjuicio de la valoración penal que alguno de ellos pudiera tener; valoración penal que sólo obliga a los Tribunales a suspender el fallo cuando hubieran de fundar la sentencia exclusivamente en el supuesto de la existencia de un delito.

J. Q. S.

NO PUEDE ALEGARSE LA EXCEPCION NON RITE ADIMPLETI CONTRACTUS CUANDO LO MAL REALIZADO CAREZCA DE SUFICIENTE ENTIDAD (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—Argumenta el recurrente que la jurisprudencia de esta Sala, desarrollando la llamada *exceptio non rite adimpleti contractus*, tiene declarado que no puede exigirse el pago de la obra cuando la parte obligada a ejecutarla no la haya hecho correctamente, salvo que el comitente haya aceptado la prestación como cumplimiento o que su oposición al pago sea contraria a la buena fe, motivo cuyo rechazo viene impuesto por aplicación de la propia doctrina en que pretende apoyarse, pues si el éxito de tal excepción de contrato no cumplido adecuadamente está condicionado a que el defecto o defectos de la obra sea de cierta importancia o trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de su subsanación, haciéndola impropia para satisfacer el interés del comitente, es claro que no puede ser alagada cuando lo mal realizado u omitido carezca de suficiente entidad en relación a lo bien ejecutado y el interés del comitente quede satisfecho con la obra entregada, de forma que las exigencias de la buena fe y el principio de la conservación del contrato, no autoricen el ejercicio de la acción resolutoria del artículo 1.124 del Código Civil, y sólo permitan la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio.

J. Q. S.

NO EXISTE AUTORIDAD DE COSA JUZGADA PENAL EN EL ORDEN CIVIL (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que lo resuelto en la vía primitiva sobre la declaración de responsabilidad criminal y la imposición de la pena, no son en sí mismas condiciones de ninguna norma civil y en consecuencia no podrá afirmarse en rigor que exista autoridad de cosa juzgada penal en el otro campo, sino que la vinculación del Juez a la sentencia condenatoria tiene lugar en cuanto a la existencia material del hecho compuesto por la actividad y el resultado, al elemento psicológico del delito y al grado de participación del sujeto condenado, apreciaciones que no trascienden al proceso civil cuando la controversia atañe a cuestiones diversas y la sentencia penal no opera prejudicialmente en cuyo sentido enseña la jurisprudencia que tales resoluciones sólo obligan a los Tribunales civiles en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define y castiga, habiéndose asimismo declarado en la Sentencia de 15 de junio de 1981 que las resoluciones de la jurisdicción penal no producen excepción de cosa juzgada en el orden civil; ante el que sólo tiene valor con fuerza vinculante la relación de hechos en la sentencia condenatoria.

J. Q. S.

HAN QUEDADO SIN EFECTO TODOS LOS PRECEPTOS DEL ANTIGUO DERECHO, TASANDO LA PRUEBA DE TESTIGOS (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1985).

Doctrina de la Sentencia.—En orden a la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, la jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en las Sentencias de 17 de diciembre de 1974, 31 de octubre y 6 de diciembre de 1983, ha establecido que la norma del artículo 1.248 del Código Civil no tiene carácter preceptivo, y sí simplemente admonitivo, correspondiendo a los Tribunales de instancia la apreciación de la mencionada prueba conforme a las reglas de la sana crítica; y de otra parte, porque igualmente la doctrina legal contenida entre otras en la Sentencia de 17 de diciembre de 1974 y 4 de enero de 1982 ha establecido que había quedado sin efecto el antiguo aforismo *unus testis, nullus testis*, y en general todos los preceptos del antiguo Derecho tasando la repetida prueba.

J. Q. S.

NOVACION MODIFICATIVA: NO HAY SUSTITUCION DE UNA OBLIGACION POR OTRA INCOMPATIBLE CON ELLA (ART. 1.204 DEL CODIGO CIVIL). LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO: NO EXISTE CUANDO NO HAY DAÑO DE NINGUN TIPO PARA EL BANCO NO DEMANDADO (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1985).

Hechos.—Las sociedades actoras, «V.», S. L., y «P. C.», S. L., reclamaron a «J. P.», S. A., y don R. B. una determinada cantidad, de acuerdo con

la distribución que establecían las demandantes, por la ejecución de obras y suministro de materiales a causa de instalaciones eléctricas y de fontanería llevadas a cabo en el hotel del que era propietaria la sociedad demandada, obras de las que don R. B. era contratista principal y las actoras subcontratistas. Se reclamaba a la vez a la sociedad demandada la devolución de un millón de pesetas, a causa del cobro por ella de dicha suma, a que ascendía un aval constituido por ella ante una entidad bancaria para garantizar el debido cumplimiento de las obligaciones por ella asumidas.

La Sala de instancia dejó sentados los siguientes hechos, aceptados por el Tribunal Supremo:

Las obras de ampliación del hotel fueron contratadas por la entidad propietaria del mismo con el señor R. B. Este último subcontrató con las codemandantes las obras referentes a instalación eléctrica y fontanería. Como consecuencia de los impagos de don R. B. a las actoras de obras por ellas realizadas, el 19 de abril de 1975 éstas redujeron el ritmo de los trabajos, y como quiera que la dueña de la obra tuviera interés en su rápida finalización, se convino verbalmente entre el señor B., las demandantes y «J. P.», S. A., lo siguiente: A) La asunción por ésta, y así lo cumplió, de la obligación de pagar las letras a la sazón aceptadas por el señor B. a las demandantes. B) En adelante, el Banco X abonaría directamente las certificaciones de obras que se fueran produciendo, con la conformidad del señor B. y de la dirección técnica de las mismas. C) Las actoras se comprometieron a finalizarlas antes del 1 de julio de 1976, garantizando su ejecución con sendos avales de un millón de pesetas cada uno, prestados por los Bancos H. y C. en favor de la entidad demandada. D) En cumplimiento de lo acordado, «J. P.», S. A., libró talones nominativos por importe de varios millones de pesetas, ultimándose las obras antes de la fecha pactada, dejando de abonar las certificaciones correspondientes a fechas comprendidas entre el 29 de noviembre de 1975 y 21 de enero de 1976, no obstante estar visadas por el señor B. y la dirección técnica. E) En junio de 1976, la sociedad demandada, sin previo aviso y sin justificación alguna, consiguió que el Banco H. le abonara el aval constituido por una de las demandantes ascendente a un millón de pesetas, lo que también intentó, sin éxito, del Banco C. F) Un año después de la entrega de las instalaciones eléctricas y de fontanería, la demandada y un facultativo elaboraron un presupuesto de defectos, de forma unilateral, sin convocar a las actoras, en el que se consignaron unas deficiencias que en modo alguno se han justificado en el pleito.

El Juzgado desestimó la demanda en cuanto a la sociedad «J. P.», S. A., condenando en cambio a don R. B. al pago de las deudas reclamadas por los demandantes.

La Audiencia estimó los recursos entablados por los demandantes y por don R. B., condenando a «J. P.», S. A., a abonar a la actora «V.», S. L., la cantidad de 2.271.573 pesetas y a la también demandante «P. C.», S. L., la de 647.358 pesetas, por obras ejecutadas y no abonadas. Y asimismo se condenaba a «J. P.», S. A., a reintegrar a «P. C.», S. L., un millón de pesetas, importe del aval indebidamente cobrado al Banco H. Absolviendo a don R. B.

Interpuesto recurso de casación por la sociedad demandada, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. Ponente: Don José María Gómez de la Bárcena y López.

Doctrina de la Sala.—Estas son las consideraciones de la Sala en cuanto a los extremos mencionados en el encabezamiento de la presente reseña.

Que acusa el segundo motivo, por la misma vía que los dos anteriores, ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, la violación del artículo 1.204 del Código Civil, al entender el recurrente que la sustitución de una de las partes por un tercero, tratándose de un contrato con prestaciones recíprocas, implica, de acuerdo con el citado artículo, una novación, lo que exige una declaración terminante o una incompatibilidad absoluta entre la obligación antigua y la nueva, que habrá de exteriorizarse de forma expresa; motivo que también habrá de decaer, habida cuenta que con la cesión operada lo que se ha producido no es la total extinción de la obligación primitiva, ni su sustitución por otra incompatible con la primera, que son los supuestos novatorios que el citado artículo 1.204 contempla, sino el simple cambio de deudor, subsistiendo la obligación principal, siquiera parcialmente, en lo que se refiere a los suministros de electricidad y fontanería, cesión de contrato, a la que los tres intervinientes, cedente, cesionario y cedido, han prestado su aquiescencia, como lo revelan los actos coetáneos y posteriores al contrato, asunción parcial de las deudas pendientes a la que no es de aplicar, visto que sólo entraña una modificación de la obligación inicial, el precepto que se dice infringido, sino en cualquier caso el 1.203 del Código Civil, en su número segundo, como ya dijo esta Sala en su Sentencia de 26 de noviembre de 1982; razonamiento a lo que cabe adicionar, que también es doctrina constante, que el problema relativo a si un contrato fue novado o no, es una cuestión de puro hecho, para cuyo combate sólo es lícito al recurrente acudir a la vía establecida en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Rituaria.

Que denuncia el quinto y último motivo, con el mismo apoyo procesal que los anteriores, la «infracción» de la doctrina jurisprudencial mantenida en las sentencias que cita, relativa a la falta de litis consorcio pasivo necesario, pues, a su juicio, al existir en la demanda inicial un pedimento, acogido en la sentencia recurrida, en orden al abono del millón de pesetas importe del aval prestado por el Banco H., tal entidad debió ser interpelada; motivo que también ha de claudicar, no ya sólo por su defectuoso planteamiento, al no indicarse el concepto en que la citada doctrina haya podido ser infringida, sino principalmente, y teniendo en cuenta que el litis consorcio es cuestión que ha de ser examinada de oficio, porque la pretensión de reintegro del aval se produce, no por la circunstancia de que el dicho Banco lo abonara a la recurrente indebidamente, sino porque ésta lo percibiera sin tener derecho a ello, visto que las obras se habían realizado correctamente y no se habían satisfecho en su totalidad por la empresa deudora, teniendo que reintegrar el importe de aquél la demandante al indicado Banco, de aquí que, al no resultar para este último perjuicio de ningún tipo,

ni afectarle para nada el pronunciamiento que recayera en el proceso, en lo que se refiere al tan repetido aval, era innecesaria su vocación o llamada al mismo.

R. DE A. Y.

INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL: CARACTERES DEL QUE FACULTA PARA RESOLVER. ALCANCE DEL DEBER DE CONSIGNAR EL PRECIO. PROMESA DE COMPRAVENTA Y CONTRATO DE COMPRAVENTA. «VALOR» Y «PRECIO» EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA: NO CABE ALEGAR QUE EL PRECIO ES INFERIOR AL VALOR DE LO VENDIDO (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1985).

Hechos.—La actora formuló demanda contra don W. G., solicitando se le condenase a otorgar a favor de aquélla escritura de venta de una finca contra el pago del precio pendiente y a entregar la finca en cuestión, así como a indemnizar a la actora los daños y perjuicios causados.

El Juzgado desestimó íntegramente la demanda. La Audiencia revocó la sentencia apelada, y estimando en parte la demanda condenó al demandado a otorgar la escritura pública de compraventa, contra la entrega del precio pendiente de abono, con absolución del resto de los pedimentos.

Ha de advertirse que el precio se calculó, en cuanto al contravalor de marcos alemanes, en relación en relación al cambio oficial en billetes el día en que se celebró el acto conciliatorio previo.

La Audiencia estimó que la compradora había requerido suficientemente al vendedor con ofrecimiento del resto del precio, últimamente en acto conciliatorio, y que las objeciones de éste carecían de eficacia, concretamente que la compradora no había satisfecho un impuesto al que se obligó, hecho que la Sala de instancia considera como simple demora o retraso, no reveladora de voluntad rebelde o de incumplimiento, y que por ello la «rescisión» que dicho vendedor anunció y ejercitó en el acto conciliatorio era ineficaz.

Reproducimos los razonamientos de la Sala en cada uno de los extremos que merecen mención.

Considerando que en punto al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones bilaterales y recíprocas, amén de su correlativa sanción judicial, es reiterada doctrina de esta Sala: *a)* que la resolución sólo puede lícitamente exigirla quien por su parte ha cumplido sus obligaciones, habida cuenta del carácter sinalagmático e interdependiente de las recíprocas así pactadas (Sentencias de 1 de febrero de 1966, 28 de septiembre de 1965, 19 de febrero de 1969, 3 de junio de 1970 y 5 de junio de 1981); *b)* que el incumplimiento reprochable y suficiente para determinar la resolución no lo es cualquiera, sino que ha de tener entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes (Sentencia de 4 de octubre de 1983), hasta el punto de obstar al fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte, sin que lo constituya el simple retraso, a menos que el plazo fijado tenga carácter esencial; *c)* que se precisa una voluntad manifiesta de incumplir, no justificada

(Sentencia de 4 de octubre de 1983), que pueda revelarse por la resistencia o prolongada pasividad del deudor frente a la voluntad de cumplir del acreedor (Sentencia de 10 de marzo de 1983), aconsejándose si la resistencia no es de enjundia, el mantenimiento del contrato, en homenaje a la voluntad contractual (Sentencia de 11 de junio de 1969), o *favor negotii*; d) que el artículo 1.124 está estrechamente ligado al 1.504, ambos del Código Civil, siendo ambos compatibles y el segundo una especialidad del primero, así como que el artículo 1.504, en su aplicación por darse sus supuestos, no impide la del 1.124 y, en cuanto, su concordante doctrina de que, pese al requerimiento y a la voluntad resolutoria del vendedor, ha de sopesarse si el comprador ha mostrado o no esa voluntad de incumplir (Sentencias de 7 de febrero de 1983 y 7 de febrero de 1984); y e) que esas apreciaciones respecto del cumplimiento o incumplimiento constituyen un presupuesto material que ha de fijar el juzgador.

Considerando que fijados por la sentencia los hechos antes descritos, sin impugnación adecuada por el recurrente, es visto y obligado que no pueden prosperar los motivos primero, segundo, sexto, séptimo y noveno del recurso, que acusan ya la violación o no aplicación del artículo 1.124 (motivos primero, segundo y séptimo), ora la infracción —sin especificar concepto— del artículo 1.504 (motivo sexto) o su inaplicación (motivo noveno), todos ellos, naturalmente, por la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y esa desestimación se impone porque, frente a lo que se argumentó en todos esos motivos, a veces contradictoriamente, la sentencia impugnada ha hecho correcta aplicación de los preceptos indicados, así como de la jurisprudencia expuesta, sobre todo en atención a dos hechos fundamentales: que la compradora requirió al vendedor para cumplir, con la oferta del resto del precio y entrega en el acto de la escrituración y que la llamada «rescisión» del último carecía de validez habida cuenta tanto de su propio incumplimiento, como de la conducta cumplidora de la demandante, no enervada o viciada por el simple retraso aludido.

Considerando que en punto a este tema, es decir, al presunto incumplimiento de la compradora, se alega en el motivo tercero la no aplicación del artículo 1.176 y siguientes del Código Civil, incumplimiento que quiere hacer derivar de que la oferta de aquélla de abonar el precio o cantidad del mismo que restaba no fue seguido de consignación; motivo que hay que rechazar igualmente porque los preceptos que se alegan no son precisamente aplicables al supuesto en cuestión, dado que el comprador que ofrece cumplir, según la previsión contractual, mediante la entrega del precio a la firma de la escritura, no está obligado a consignar judicialmente frente a la actitud de la otra parte que se resiste a cumplir, pues la entrega material del dinero no habrá de hacerse sino hasta aquel momento, y, como ya se dijo en Sentencia de esta Sala de 9 de febrero de 1985, ni del contenido del contrato, ni de las normas generales del contrato de compraventa de inmuebles puede desprenderse que le sea exigible al comprador aumentar sus deberes de contratante cumplir con un *plus* de garantía para el vendedor que se resiste al cumplimiento de modo injustificado, tal como imponerle la consignación judicial del precio, tema que tiene su propia dialéctica y normativa (arts. 1.500, 1.504 y 1.124 del Código Civil) y garantía de los derechos del vendedor.

Considerando que abstracción hecha de la polémica doctrinal en torno de la distinción entre la promesa de compra y venta y el contrato de tal nombre, polémica que en cierto modo atenúa el contenido del artículo 1.451 del Código Civil al conceder eficacia vinculante a la obligación que realmente se contrae, con asimilación de una y otra figura cuando hay conformidad (y se entiende: fijación) en la cosa y en el precio, lo que en definitiva deja el criterio que ha de seguirse a la interpretación del juzgador según las circunstancias del caso, y dejando aparte también la observación cotidiana del indiscriminado uso que se hace de los términos y expresiones «compromiso de venta» y «contrato de venta», es evidente que cuando los términos del contrato son claros y suficientemente explicativos e indicativos de la voluntad de los contratantes, así como sus actos, no puede negarse a los mismos la eficacia que le otorgan tanto el pacto como la Ley, y aquí en concreto el artículo 1.451 del Código Civil, ni mal interpretado ni indebidamente aplicado, como se denuncia en los motivos cuarto y quinto del recurso, pues basta leer el contrato, donde se fija el precio y la cosa, así como la entrega en principio de uno de los plazos previstos, amén de la conducta posterior de los contratantes, para concluir que se está en presencia del supuesto previsto en aquel artículo y, aún más, que ya se comenzó a cumplir y a ejecutar (pago parcial, entrega parcial del inmueble a la compradora) por actos voluntarios de las partes, aunque después se originara la discordia, sin que, por otra parte, se hubiera dejado a la voluntad contractual la posibilidad o la necesidad de cumplir el convenio para un día determinado, es decir, su entrada en vigor, ya que el acuerdo de otorgarse la escritura pública mediante el total pago no supone sino ejecución posterior de un contrato vinculante por perfecto y completo, que es lo que, en definitiva, viene a sancionar el Código Civil en su artículo 1.451, con su implícita equiparación del compromiso de vender y comprar, mutuamente y contemporáneamente expresado, con especificación de cosa y precio, al contrato de compraventa, lo cual ya fue declarado y sancionado por la jurisprudencia, a partir de la Sentencia de 1 de julio de 1950, seguida por la de 2 de mayo de 1959, 1 de junio de 1966, 21 de febrero de 1969, 11 de noviembre de 1969, 26 de junio de 1973 y 20 de octubre de 1982, diciéndose en esta última que sólo cabría excluir esa equiparación si apareciera patente la voluntad de las partes de excluir los efectos de la compraventa, sustituyéndola por aquel «obligarse a obligarse» que supone la verdadera promesa, que por lo general, precisa añadirlo, implica una posterior regulación normativa del pacto.

Considerando que, por ello, se impone la desestimación de dichos motivos cuarto y quinto, así como, finalmente, la del décimo, que denuncia la violación del principio jurídico del enriquecimiento injusto (de su prohibición) y no porque no se cite la jurisprudencia que lo recoge, dada la propia virtualidad del principio *per se* y la derogación del número 10 del anterior artículo 1.729, que dio pie a esa exigencia, más pragmática que doctrinal, sino porque fundado el motivo en la diferencia del valor de la finca vendida, superior ahora respecto del tiempo del contrato, con excesivo beneficio —se alega— para la compradora, no se tiene en cuenta o se olvida que, no siendo dable confundir «valor» y «precio», no es aplicable tal tesis y principio al contrato de compraventa (contrato de tracto único, salvo cláusulas especiales) por estar excluido de nuestro

ordenamiento la regla o principio del precio justo, sin que, como dijo la Sentencia de 25 de marzo de 1981, el *pretio viliare facta* afecte al contrato ni produzca su invalidez radical, por no estimarse indispensable la existencia de exacta adecuación entre el elemento integrante del pacto y el verdadero valor de la cosa enajenada (salvo, naturalmente, lo dispuesto por el Derecho catalán respecto de la lesión *ultradimidium*, por lo que, en suma, no puede hablarse de enriquecimiento injustificado y menos cuando la parte que alega el principio tuvo en sus manos la posibilidad de evitar esa diferencia actual con sólo haber cumplido en su tiempo el contrato, percibiendo el precio que entonces se estimó adecuado y correlativo de la cosa que se transmitía y vendía.

R. DE A. Y.

RESPONSABILIDAD CIVIL: INICIO DEL COMPUTO DEL PLAZO PARA RECLAMAR. PRESCRIPCION: EXCLUYE SU APLICACION RIGORISTA, SEGUN MODERNA DOCTRINA. INTERRUPCION: POR ACTUACIONES ANTE COMISION TECNICA CALIFICADORA (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1985).

Hechos.—El actor, un motociclista arrollado por un automóvil, entabló demanda en reclamación de indemnización contra la conductora de este último vehículo y su compañía aseguradora.

El Juzgado estimó la excepción de prescripción y desestimó la demanda.

La Audiencia revocó la Sentencia del Juzgado y condenó a las demandadas a satisfacer al demandante una cifra inferior a la por éste reclamada, en forma solidaria.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don José María Gómez de la Bárcena López.

Doctrina de la Sala.—El Tribunal Supremo dice:

Considerando: Que para la resolución del tema objeto del recurso, ha de partirse de la doctrina que en torno al precepto que se denuncia como infringido, ha establecido esta Sala con reiteración y que aboca al perecimiento del único motivo en el que el recurso se asienta, y ello por lo siguiente: Primero, la prescripción, como limitación al ejercicio tardío de los derechos en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una aplicación rigorista, por tratarse de una institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento fuertemente restrictivo (Sentencias de 8 de octubre de 1982, 31 de enero de 1983 y 2 de febrero de 1984); segundo, la apreciación de la «iniciación, suspensión o interrupción del plazo prescriptivo», es cuestión que pertenece a la soberanía de la Sala sentenciadora de instancia, sin que pueda ser combatida con éxito en casación, a menos que se muestre la existencia del error «por la vía y con los requisitos del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil»; tercero, la raíz de inicio del término prescriptivo, ha de ser computada, en los supuestos de lesiones «desde el

momento en que se conozcan los efectos totales de las mismas, porque sólo entonces se estará en condiciones de valorar sus consecuencias y el importe indemnizatorio pertinente», o sea «cuando se hayan salvado todos los obstáculos procesales que suponga el proceso penal» (Sentencia de 14 de julio de 1982), concretamente desde «el momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto económico padecido, a la vista del alta médica oportuna», pues sólo entonces está el interesado en condiciones de ejercitar la acción valorando el alcance efectivo y total del daño y el importe de la adecuada indemnización, ya que obviamente con anterioridad se desconoce la trascendencia de la vulneración del Derecho subjetivo propio por la realización de la conducta de tercero» (Sentencia de 8 de julio de 1983); y de la incapacidad concreta declarada en tal fecha alta médica que, en unos casos, será la obtenida en el proceso penal, si a la vista de los términos en que se ha producido, es clara y determinante de las secuelas subsiguientes a las lesiones sufridas por la víctima, mas que sin que dicha alta pueda tomarse como raíz de inicio del término, en el caso que nos ocupa, dado que la lesión causada al reclamante determinó la amputación de su pierna, traumatismo irreversible, que lógicamente precisaba de un lento proceso post-operatorio de recuperación y adaptación a los aparatos ortopédicos encaminados a paliarlo, de aquí que, hasta el parte de alta emitido por la Mutualidad Patronal de Accidentes del Trabajo, en 30 de enero de 1979, no se conocieran «de forma definitiva» los efectos y consecuencias de las lesiones y la incapacidad concreta declarada y como quiera que la demanda fue presentada en 26 de abril de 1980, es evidente que no había transcurrido el término prescriptivo, marcado por el número 2.º del artículo 1.968 del Código Civil, precepto que, en conjunción con la copiosa doctrina jurisprudencial que lo glosa, ha sido correcta y acertadamente interpretado por la Sala *a quo*.

NOTA.—Hay que observar que la Sala, en aplicación de una reciente doctrina que se inclina por hacer de la prescripción un tratamiento restrictivo, considera que el inicio del cómputo para el ejercicio de la acción derivada de culpa extracontractual ha de partir de la fecha en que pudo ser ejercitada, que no es la del sobreseimiento de las diligencias previas en su momento instruidas, como sostenía la recurrente, plazo que ya había sido notoriamente superado al presentarse la demanda de autos, sino desde el alta posterior de la Comisión Técnica Calificadora, fecha qua la recurrente circunscribía únicamente al ámbito laboral, sin conexión alguna con la acción ejercitada.

La Audiencia había rechazado este criterio de las demandadas, frente a lo que había hecho el Juzgado, y el Supremo confirma la conclusión de la Sala de instancia.

El pensamiento del Supremo se orienta, por otra parte, en la línea jurisprudencial que busca —en materia de responsabilidad civil— la reparación del daño a todo trance, aunque sea a veces a costa de forzar un tanto los esquemas dogmáticos tradicionales.

Repárese en que, en el fondo, en este caso lo que se declara por la Sala es nada menos que la posibilidad de que la interrupción del plazo de un año del artículo 1.968 del Código Civil se produzca en virtud de reclamación del perjudicado (acreedor), pero no dirigida contra el deudor

ni dentro de un procedimiento en que el deudor puede ser parte (como ocurre con las diligencias previas penales). Antes bien, se otorga efecto de interrupción (con criterio que en este sentido es verdaderamente revolucionario) a una reclamación formulada ante una Comisión Técnica Calificadora, en cuyo expediente el causante del daño no había sido parte.

En suma, se sigue la doctrina pura de que la prescripción es el «silencio» o la «inactividad» del acreedor, pero al margen de que el no-silencio o la no-actividad sean o no conocidos por el deudor.

Y para ello, como hemos visto, la Sala construye su solución a partir de la tesis de la interpretación flexible del instituto de la prescripción. A nuestro juicio, aquí más que flexibilidad hay una buena dosis de ruptura con principios doctrinales clásicos (como los que derivan de la interpretación del artículo 1.973 del Código Civil), aunque desde luego guiada por el defendible objetivo de no privar a la víctima de la reparación del daño por ella sufrido.

R. DE A. Y.

INCONGRUENCIA: NO EXISTE (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1985).

Hechos.—El actor reclamaba la suma de 11.000.000 de pesetas en concepto de reembolso o devolución de un préstamo. El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda en cuanto a esta pretensión.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la Sala.—Interesa la que se refiere a la alegación de incongruencia formulada por la parte recurrente, al afirmar que la sentencia impugnada no contenía la calificación jurídica del contrato, que el propio recurrente consideraba sociedad.

A este respecto, la Sala manifiesta:

Considerando que el primer motivo de casación que postula la incongruencia de la sentencia impugnada, por no contener declaración alguna respecto a la petición del actor de existir un contrato de préstamo entre él y el demandado, así como en punto a la correlativa petición de éste de que se declarase —en respuesta a la implícita reconversión que ello significaba— que la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre las partes corresponde al de una sociedad familiar, ha de ser rechazado por cuanto, aparte de mutilar interesadamente en la exposición del motivo, la postulación del demandante que, textualmente, pidió una sentencia que declarase «que en virtud del contrato de préstamo a que este juicio se refiere, el demandado don A. O. G. es en adeudar al demandante don A. H. A. la cantidad de once millones de pesetas», con lo que aparece claro, con claridad ratificada en las otras dos peticiones de exigibilidad y condena al pago de lo debido, asimismo cubiertas por el suplico de la demanda, que la pretensión básica que rigurosamente constituye el objeto del proceso es la de la existencia de la deuda del demandado y consiguiente condena al pago de la misma al acreedor demandante, coinci-

diendo exactamente con lo que la sentencia impugnada recoge en su fallo con rechazo de la paralela petición absolutoria de aquél, aparte de todo ello, se insiste, ha de hacerse notar, en apoyo de la inevitable claudicación del motivo en examen, que amén de que la congruencia no requiere un ajuste literal entre lo resuelto y las palabras empleadas por la parte, siempre que no quede alterada la esencia de la pretensión como se dice, entre tantas otras, en las Sentencias de este Tribunal de 29 de septiembre y 30 de octubre de 1984, es patente el reconocimiento del préstamo y la negación del contrato de sociedad *inter partes* hecho por el juzgador, al repetir en todos, absolutamente en todos sus considerandos, salvo el de costas, la falta de prueba de este supuesto contrato de sociedad argumentado por el demandado y la afirmación central del considerando tercero de que «la cantidad, cuyo pago ahora se reclama, se entregó en concepto de préstamo», expresión inequívocamente **predeterminante** del fallo, acogidos íntegramente por la sentencia de apelación que, a ellos, añade dos consideraciones más, insistiendo en los mismos argumentos de la de primera instancia, todo lo cual forma un núcleo de argumentación que como determinante del fallo, ha de considerarse integrado en él, a los efectos confirmatorios del mismo.

R. DE A. Y.

ACTOS PROPIOS: REQUISITOS (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1985).

Hechos.—Una compañía de transportes, la actora, había concertado con el demandado contrato para que por este último se procediera a la retirada de postes que en su día habían servido para la sustentación del tendido eléctrico de los trolebuses de Bilbao. La compañía demandante solicitaba se condenase al demandado a retirar postes que aún permanecían en diversas calles y alternativamente a indemnizarla con el reembolso de los gastos que ella se viera obligada a realizar por ese motivo.

El Juzgado desestimó la demanda, con condena en costas a la actora. La Audiencia revocó la Sentencia del Juzgado, pero sólo en lo relativo a la condena en costas en primera instancia.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don José Luis Albacar López.

Doctrina de la Sala.—Es de interés el pronunciamiento sobre la doctrina de los actos propios, por cuanto la recurrente alegaba que el demandado había retirado un número determinado de postes de cemento, siendo así que las sentencias de instancia interpretaron que la obligación se limitaba a la retirada de los metálicos.

Reviste importancia, a nuestro juicio, el hecho de que la Sala entienda que el haber retirado esos postes de cemento el demandado no puede ser entendido como acto propio (a los efectos de la doctrina de ese nombre), pues otra cosa significaría desnivelar palmariamente la onerosidad del contrato. Esto es, la Sala juzga la conducta del demandado a la luz de un criterio económico, razonamiento que nos parece muy correcto.

Dice la Sala:

Considerando que, finalmente, tampoco habrá de prosperar el motivo quinto que alega «infracción por inaplicación del principio de Derecho relativo a los actos propios y doctrina legal que lo interpreta y desarrolla», ya que tiene reiteradamente declarado esta Sala que los actos propios contra los cuales no cabe accionar con aquellos que, por su transcendencia o por constituir convenio causan estado, creando, modificando o extinguiendo una relación jurídica que no puede ser alterada por la voluntad unilateral del autor del acto y no cabe duda de que en modo alguno cabe atribuir tal transcendencia jurídica creadora de derechos y obligaciones posteriores a la conducta del demandado al retirar alrededor de 60 postes de cemento, concluyendo de tal acto la asunción de una obligación de retirar todos los postes restantes, obligación que, por sí misma, desnivelaría palmariamente la onerosidad del contrato, haciéndolo inequitativo, por lo que, al no constituir tal conducta un acto propio capaz de causar estado jurídico, debe desestimarse este quinto y último motivo.

R. DE A. Y.

ARBITRAJE DE DERECHO: CUESTIONES QUE SE PUEDEN SOMETER, EN MATERIA DE SOCIEDADES ANONIMAS. RECURSO CONTRA CUESTIONES ERICTAMENTE PROCESALES: LA VIA ES EL QUEBRANTAMIENTO DE FORMA. PRESCRIPCION DEL ARTICULO 947 DEL CODIGO DE COMERCIO. NO HAY INCONGRUENCIA EN EL LAUDO (SENTENCIA DE 21 DE MARZO DE 1985).

Hechos.—Los actores formularon recurso de casación por infracción de ley contra laudo dictado en arbitraje de equidad cuyo fallo era el siguiente:

Fallamos: A) Que el saldo de beneficios de la empresa H., S. A., por los años 1975 al 1980, ambos incluidos, asciende en total a la cantidad de 10.181.866,47 pesetas. B) Que consiguientemente cada uno de los tres accionistas de H., S. A., y, más concretamente, don Juan José H. P. son acreedores de una tercera parte de los ya cifrados beneficios de la sociedad comprensivo de los ejercicios anuales también determinados. C) Que la empresa H., S. A., y sus gestores socios don Esteban y don Pedro R. B. deben abonar a don Juan José H. P. la cantidad de 3.393.955,49 pesetas, importe de la tercera parte de dichos beneficios que el mismo corresponde percibir, cuyo pago debe hacerse efectivo en el plazo de treinta días naturales a partir del momento en que cobre firmeza esta resolución, debiendo deducirse las cantidades que se acredite se hayan pagado a cuenta, en su caso. D) Que rechazamos el resto de los puntos objeto de controversia, que se articulan en la escritura de formalización de compromiso de arbitraje, en cuanto no estén expresamente recogidos en este fallo. E) Condenando a todos los interesados a estar y a pasar por los anteriores pronunciamientos y a satisfacer los gastos del juicio arbitral por terceras partes a los afectados don Esteban R. B., don Pedro R. B. y don Juan José H. P.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don José Beltrán de Heredia y Castaño.

Doctrina de la Sala.—El Tribunal Supremo desarrolla la siguiente doctrina, sobre los extremos del epígrafe del presente extracto:

Considerando que contra laudo arbitral de Derecho, emitido en Santofía el día 29 de octubre de 1982, por unanimidad de los tres Arbitros designados, se interpone el presente recurso de casación por infracción de ley, articulado en quince motivaciones que, sistemáticamente, pueden encuadrarse en tres grandes grupos, de los que el primero tiene como denominador común la denuncia de *exceso de jurisdicción*, con amparo procesal del número 6 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, citándose específicamente como infringido por inaplicación, el 14 de la Ley de Arbitrajes de Derecho privado de 22 de diciembre de 1953, que el motivo I se pone en relación con la doctrina legal concerniente a las sociedades anónimas, recogida en tres Sentencias de este Tribunal Supremo que cita (de 15 de octubre de 1956, 27 de enero de 1968 y 15 de octubre de 1971), mientras que en los cinco motivos siguientes, la relación se establece con diversos preceptos de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, concretamente los siguientes: el 67, relativo al procedimiento impugnatorio de los acuerdos sociales (motivo II); el 50, referente a la competencia de la Junta general de accionistas para la determinación de los beneficios (motivo III); el 109, sobre los libros y la contabilidad de la sociedad (motivo IV); los 102 a 110, reguladores del modo de confeccionar los balances y la determinación de la cuenta de pérdidas y ganancias (motivo V), y el 150, referente a la disolución de la sociedad (motivo VI). El argumento impugnatorio es asimismo común, consistente en afirmar que los Arbitros carecían de competencia para tratar y decidir de estos temas que fueron sometidos a su consideración, pues, según el referido artículo 14 de la Ley de Arbitrajes, sólo pueden ser objeto de éstos las materias de las que las partes pueden disponer libremente, pero no de las no disponibles, como las que aquí se decidieron, reguladas por normas de Derecho necesario o *ius cogens* y sometidas imperativamente a la jurisdicción ordinaria. Argumentación que no puede ser aceptada, porque confunde el carácter de las normas jurídicas con el ejercicio de los *derechos privados* —no públicos— de los que se puede disponer, incluso en el máximo grado de disposición que implica la renuncia, como ocurre con los relativos a los beneficios y ganancias consiguientes a la cualidad de socio que ese, en definitiva, lo único que se decidió en este caso, sin afectar al procedimiento impugnatorio de los acuerdos sociales, respetando lo establecido en el artículo 20 de los Estatutos de la sociedad, ni al problema de su disolución, en que expresamente se manifiesta no estimar que existan causas para ello; procediendo, por tanto, no «contra ley», sino de acuerdo con ella utilizando los medios que la misma permite, para resolver precisamente el conflicto creado con su *aplicación irregular* a casos concretos y con una jurisdicción que las partes convinieron en el indicado artículo 20 de los propios Estatutos, que la ley admite y regula expresamente y que el Juez ratificó en la Resolución con la que ordena la formalización del

compromiso del que trajo causa el Arbitraje; razones todas que conducen a la desestimación de los seis motivos indicados.

Considerando que en el segundo grupo, deben incluirse los cinco últimos motivos, que se formulan por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, de los que el XI habla sólo de «inaplicación del diez, número cinco, de la Ley de Arbitrajes de 1953», y el XII, de «violación del sexto, tres, del Código Civil en relación con el 27, cuarta, de dicha Ley»; mientras que los restantes denuncian «inaplicación del sexto, tres, del Código», en relación respectiva con el 1.701 de la Ley Procesal (motivo XIII), el «527 ó en su caso el 528» también de la Ley de Enjuiciamiento (motivo XIV) y con el 28, junto con el número quinto del 10 de la Ley Especial de Arbitrajes de Derecho privado (motivo XV). Siendo de observar que el alegato, coincidente en los cinco, afecta a cuestiones estrictamente *procesales*, como son las referentes a los recursos que proceden contra la resolución del Juez, las pruebas a practicar en un Arbitraje de Derecho, los recursos que pueden entablarse contra el fallo que dicten los Arbitros y el emplazamiento de las partes ante el Juzgado o la Audiencia; por ello, las normas que las regulan tienen forzosamente un carácter procedimental o adjetivo, que impide su acceso a la casación por infracción de ley que se pretende, siendo sólo susceptibles, en su caso, del recurso por *quebrantamiento de forma*, expresamente establecido para los Arbitrajes de Derecho, en el artículo 28 de la Ley especial, cuya inobservancia impide el acogimiento de los motivos mencionados, al incurrir en la causa de inadmisión tercera del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento, que en el actual trámite decisorio lo es de desestimación, según la reiterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo.

Considerando que en el tercero de los grupos al principio enunciados, se comprenden los restantes motivos que se articularon que, aunque con contenido diverso, tienen en común el ofrecer alguna base sustantiva que permita su examen, coincidiendo también en el resultado negativo, al no ser posible el acogimiento de ninguno: El VII, por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, alega inaplicación del 947 del Código de Comercio, sosteniendo que, por lo que respecta a los beneficios sociales del ejercicio de 1975, cuando se formaliza judicialmente el compromiso —27 de junio de 1981— habían transcurrido más de los cinco años previstos en el último párrafo del citado artículo, sin tener en cuenta que en el mismo se establece que «serán contados desde el día señalado para comenzar su cobro...», declarándose expresamente en el Laudo (considerando cuarto) que «de las actuaciones y de las pruebas practicadas, no aparece señalada fecha alguna para la percepción de los beneficios o dividendos de los socios de H., S. A...», declaración que, como cuestión de hecho, ha quedado incólume en casación al no haberse intentado discutir por la única vía pertinente del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciar, careciéndose, por tanto, de *dies a quo* que permita entrar en juego la prescripción; el VIII, lo que denuncia, utilizando el mismo cauce procesal, es inaplicación del 1.091 en relación con el 1.258 del Código Civil, referidos a los contratos, que ciertamente no tenían que ser aplicados al reconocimiento aprobatorio de los ejercicios económicos de 1976 a 1979, justo porque no es un contrato, sino

un simple acto, ni siquiera «debido», que no podía obstar a su rectificación posterior, ante el conocimiento de datos o circunstancias que obliguen a su revisión; que, por otra parte, es posible al menos como planteamiento, incluso en los mismos contratos, precisamente al amparo del artículo 1.258, al disponer que obligan «a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley», que la doctrina jurisprudencial utilizó para abrir brecha en la revisión contractual, en torno de la llamada cláusula *rebus sic stantibus*.

Considerando que en esta misma línea, el motivo IX, igualmente a través del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, invoca inaplicación, de la doctrina de los «actos propios», referida también, a la aprobación por el demandante —después impugnada— de los señalados ejercicios económicos, cuya aplicación tampoco estaba justificada, por idénticas razones a las expuestas, a lo que es de añadir que el «acto propio» adquiere un valor vinculante, según la doctrina jurisprudencial que lo elaboró, cuando constituye un acto o situación propiamente jurídicos, con todas sus consecuencias inherentes, pero no cuando no pasa de ser una simple declaración unilateral, carente de vinculación receptiva, cual sucede con el alegado en este caso; y el motivo X busca amparo procesal en el número 3 del artículo 1.692 de la Ley de trámites, para denunciar inaplicación del 359 de la propia Ley, afirmando que el laudo impugnado no es congruente, al no contener declaración sobre alguna de las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito, lo que en esta clase de procedimientos no tiene cabida en sentido estricto, habida cuenta su particular estructura, pues las pretensiones de las partes, como tales, están reflejadas en la resolución judicial de constitución del compromiso, al que el laudo tiene que atemperarse, como se atemperó en el supuesto presente, siendo extrañas a su andadura, a estos efectos de la congruencia, las alegaciones formuladas por alguna de las partes como «excepción de fondo» resueltas con la decisión arbitral, hasta donde ello era factible, justo porque según reconoce el recurso, penden por otra vía, de la decisión final de este Tribunal Supremo.

NOTA.—Especial relieve merecen los pronunciamientos de la Sala sobre las materias reglamentadas por la Ley de Sociedades Anónimas que no pueden ser objeto de arbitraje.

Sobre este extremo, *vid. Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, de GARRIGUES-URÍA, tomo I, Madrid, 1976, págs. 782 ss.

R. DE A. Y.

PROPIEDAD HORIZONTAL: NECESIDAD DE CONSENTIMIENTO UNÁNIME PARA OBRAS QUE AFECTEN A ELEMENTOS COMUNES
(SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1985).

Hechos.—Un miembro de una Comunidad de propietarios, en calidad de tal, entabló demanda contra otro copropietario, por haber procedido éste, sin consentimiento de la Junta ni notificación a ella ni a su Presi-

dente, al cerramiento en la superficie descubierta, posterior al edificio, con fábrica de ladrillo.

El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda, en que básicamente se solicitaba la condena a demoler lo edificado.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don José Luis Albacar López.

Doctrina de la Sala.—La única digna de mención —aunque por otra parte muy reiterada— es que si las obras afectan a elementos comunes, sin consentimiento unánime de los copropietarios, no infringe el artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal la sentencia que condena a la demolición de lo edificado o levantado.

R. DE A. Y.

PRESTAMO CONCEDIDO A UNA SOCIEDAD SIN EXISTENCIA REAL (LEVANTAMIENTO DEL VELO DE LA PERSONA JURIDICA). NOVACION MODIFICATIVA, NO EXTINTIVA. PRORROGA CONCEDIDA AL DEUDOR SIN CONSENTIMIENTO DE LOS FIADORES: NO CONCURRE (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1985).

Hechos.—El Banco N., demandante, reclamaba a la sociedad «Urbanizadora P. M. D.» y a don Ramón y doña María del Carmen la cantidad de 58.280.884 pesetas, más los intereses de demora, en concepto de reintegro de un préstamo.

La complejidad del asunto obliga a transcribir el considerando en que el Supremo sintetiza los hechos que considera no desvirtuados en casación:

a) La demandada doña María del Carmen P. M., que litiga en concepto de pobre, de profesión agente de la propiedad inmobiliaria, ahora recurrente, a raíz de la implantación del Banco X. en Barcelona, entidad que ha sido demandante en esta litis, tuvo a mediados del año 1973 la oportunidad de adquirir unos terrenos situados en la falda del Tibidabo, propiedad de don J. M. G., por lo que proyectó con don Ramón D., también demandado y recurrente, solicitar un préstamo rápido al citado Banco, con el deseo de facilitarles la compra del inmueble mencionado para después, con ánimo especulativo, urbanizarlo y parcelarlo. b) Ambos demandados solicitaron conjuntamente el 14 de agosto de 1973 en Barcelona el apoyo financiero del Banco X., que fue concedido tres días después, condicionándolo empero con la participación del propio Banco en un 20 por 100 en la sociedad compradora del solar, para el que se destinaba el crédito concedido, y a que la finca estuviese libre de cargas y gravámenes. c) El 20 de agosto del mismo mes y año se otorgó escritura de sociedad, presunta titular del inmueble a adquirir, en la que el Banco citado figuraba como socio de la entidad que iba a fundarse, simultáneamente figuraba como prestamista, aceptando la propuesta cursada a título personal por la señora P. y el señor D. d) La sociedad que se simulaba constituir no se inscribió en el Registro hasta el 23 de febrero de 1974, carece

de domicilio conocido y de libros y documentos que reflejan alguna actuación social, inexistente según sus propios administradores los dos demandados y recurrentes, por lo que la sentencia recurrida declara a este respecto (considerando 8.º) que el préstamo de la entidad recurrida, coligado al negocio común se concedió no a una sociedad inexistente entonces, sino a dos personas que iban a constituir formalmente una vinculación de cobertura de tipo de sociedad anónima, y no se trató de una concesión de crédito, sino de un préstamo en cuenta corriente, estableciéndose como cobertura de todo ello y aseguramiento de la gestión de los dos demandados comparecidos una doble solidaridad: «la que en concepto figurado de fianza el Banco les hizo suscribir en la póliza de préstamo y la que como administradores de la sociedad «Urbanizadora P. M. D., S. A.», también demandada y que fue declarada en rebeldía, quedó plasmada en la escritura de constitución de esta última. e) El importe del préstamo facilitado por la entidad recurrida ascendió a pesetas 41.050.000, de cuya suma dispusieron ambos demandados; en cuanto a 22.500.000 pesetas entregadas por la señora P. al propietario del inmueble, señor M., suma que la demandada entregó en su propio nombre, en condiciones que no resultan en los autos, pero ante cuya entrega el Banco demandante, con fines de aumento de garantía, exigió la obtención de una hipoteca sobre el inmueble con el fin de asegurarse de la devolución de la suma invertida, máxime cuando se comprobó que la delimitación del inmueble y su posesión estaban pendientes de un litigio iniciado por quien figuraba como propietario don Jaime M. f) En dicha escritura de hipoteca, que otorgó e nombre y representación del propietario la señora P. y como acreedor el Banco demandante el 7 de julio de 1974, se hizo constar, entre otros pactos, que «no podrán entenderse novadas en ningún tiempo las obligaciones contraídas por el deudor principal con el Banco acreedor» y «pudiendo ejercitar el Banco acreedor las acciones unas y otras, sucesiva o simultáneamente». g) La suma prestada no fue devuelta en el primero de los plazos señalados, tres meses a contar del 20 de agosto, ni tampoco en el plazo definitivo el 18 de noviembre de 1973, considerándose por la Sala *a quo* que el objetivo de compra y comercialización de la finca resultó del todo una negociación fracasada, y que el actor se desprendió de 41.050.000 pesetas, de las cuales dispusieron sus consocios con fines no siempre comunitarios, suma que produjo al no ser devuelta una cuenta de intereses que la hace elevarse a 58.280.884 pesetas, que se reclamaron en la demanda, habiendo reducido su importe en el fallo a 46.624.707 pesetas, al tener en cuenta que la reclamante en su concepto de socio carece de derecho a reintegrarse del 20 por 100 de la suma que en la demanda reclama, por ser dicho porcentaje el representativo de su participación en la sociedad.

No habiendo comparecido la entidad demandada, el Juzgado dictó sentencia por la que se condenaba a los demandados, solidariamente, a satisfacer a la actora la suma reclamada, con desestimación de la reconvencción formulada por don Ramón.

La Audiencia revocó la Sentencia del Juzgado, pero sólo en el sentido de reducir la condena a la suma de 46.624.707 pesetas.

Interpuesto recurso de casación por las personas físicas demandadas,

el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. Ponente: don Jaime Santos Briz.

Comentario previo y doctrina de la Sala.—Esta sentencia reviste notable interés, a nuestro juicio, porque, además de otras cuestiones doctrinales que suscita, en el fondo es reveladora de la llamada «doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica», pues se observará que el Banco demandante reclamaba el importe del crédito concedido a una sociedad anónima (de la que el propio Banco era socio) a dos personas físicas que habían proyectado la constitución de la misma y que de hecho la habían constituido formalmente, pero sin que dicha entidad llegara nunca a tener existencia real. Lo que ocurre es que, con independencia de todo ello, las mencionadas personas físicas se habían constituido en fiadores del crédito concedido por el Banco demandante, lo que les convertía en igualmente obligados a la devolución de la suma prestada.

Lo que parece latir en el fondo, además, es la convicción de la Sala de hallarse en presencia de un negocio simulado (la constitución de la sociedad) o al menos coligado con una operación de crédito, a la que el Banco prestamista añadía su interés en formar parte, como socio, de la sociedad anónima para cuya actividad se produjo la operación de crédito, que la Audiencia califica de préstamo en cuenta corriente.

Por razón de esta misma complejidad, parece oportuno reproducir los argumentos de la Sala en cuanto a los extremos mencionados en el encabezamiento de este extracto.

Dice la Sala:

Considerando que en el motivo tercero se alega error de hecho resultante de documento auténtico, haciendo figurar ahora como tal a la escritura de hipoteca otorgada el 8 de julio de 1974, desarrollando el motivo sobre todo con base en no haber participado en el otorgamiento ninguno de los demandados en nombre propio, se sostiene que en el citado documento se acredita una novación del contrato de préstamo y crédito con liberación de los demandados de sus obligaciones a devolver el dinero prestado e intereses; motivo que decae por las mismas consideraciones que el anteriormente examinado, ya que, por otra parte, la supuesta fianza solidaria asumida por los demandados en beneficio de un inexistente deudor principal no puede nunca llegar a hacer concluir que aquéllos quedan exonerados para recaer la obligación sobre una sociedad integrada sólo por ellos dos como deudores y que no tuvo existencia real, sino sólo formal, y habiendo recibido ambos el dinero objeto del préstamo a crédito que se les concedió por la entidad recurrida, consideraciones que, si bien inciden en el fondo de la cuestión planteada por el recurso, son suficientes para despojar de todo carácter de auténtica a la escritura aducida como tal.

Considerando que en el motivo 4.º se vuelve a alegar error de hecho resultante del mismo supuesto documento auténtico, a saber, la mencionada escritura de hipoteca, insistiendo en que la misma supuso una novación de la obligación que recaía sobre los demandados para recaer en otra persona, sin decir quién, y citando diversos pactos de la misma escri-

tura de los que deduce una novación al amparo del artículo 1.204 del Código Civil, sin tener en cuenta que tal documento, como ya se deja dicho, no puede tener el carácter de auténtico a los efectos que ahora interesan, y que, involucrando materias relativas a la interpretación del documento, la recurrente se encuentra fuera del ámbito del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, así como al deducir de él una novación, olvidando que en el propio documento se pactó que en ningún caso podrán entenderse novadas las obligaciones contraídas por el deudor principal (es decir, por los dos demandados) con el Banco acreedor y pudiendo ejercitar el Banco acreedor las acciones unas y otras, sucesiva o simultáneamente; habiendo, por tanto, de correr este motivo la misma suerte desestimatoria de los anteriores; y por las mismas razones ha de ser desestimado el motivo 7.º, donde también se alega error de hecho resultante, según se insiste, de la escritura de hipoteca repetidamente aludida de 9 de julio de 1974, con apoyo todo ello en una apariencia formal que hace figurar a los verdaderos deudores, los demandados, como fiadores, y entrando en la interpretación del documento en forma impropia para que pueda entenderse existente error de hecho por parte de la Sala de instancia; en definitiva, intentando por vía inadecuada una interpretación del documento aducido y del resto de la prueba que trata de superponerse a la más imparcial de la Sala de apelación, determinante todo ello de la desestimación de este motivo.

Considerando que los tres restantes motivos del recurso interpuesto por doña María del Carmen P. se apoyan en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; el quinto alega la violación por no aplicación de los artículos 1.203 y 1.204 del Código Civil, y se funda en que a la escritura de hipoteca no concurrió el supuesto deudor principal ni los aparentes fiadores solidarios en su propio nombre, que no se hizo entrega de suma alguna por parte del Banco al otorgarse dicha escritura, que se alteró la situación de los deudores, dando lugar todo ello a la novación que se postula; conclusiones que omiten el texto de lo pactado expresamente sobre prohibición de novación y de que la tal escritura de hipoteca pretendía reforzar las garantías del acreedor prestamista, según la finalidad propia del derecho real de hipoteca, debiendo desestimarse este motivo, en primer lugar porque las cuestiones relativas a la existencia de la novación son facultad propia y peculiar de la Sala *a quo*, a cuyo criterio hay que estar en tanto no haya sido debidamente impugnado (Sentencias, entre otras, de 31 de octubre de 1962 y 9 de mayo de 1963), y en este caso la sentencia impugnada declara la inexistencia de tal modo de extinción de las obligaciones, y los hechos en que se basó no han sido eficazmente impugnados en este recurso de casación; en segundo lugar, porque la novación requiere un *animus* o intención de novar que ha de aparecer de los términos del acto con toda claridad (Sentencias, entre otras, de 24 de enero de 1957 y 24 de enero de 1962), sin que pueda presumirse la existencia de esa intención, máxime cuando en el caso controvertido las partes manifestaron una voluntad contraria a la novatoria; requiere, además, la novación la sustitución de una obligación por otra que se extingue, circunstancia tampoco concurrente en el caso debatido, donde el acreedor trató únicamente de reforzar las garantías del cumplimiento sin alterar ni el objeto de la deuda ni las personas obligadas, sino

añadiendo nuevas seguridades al implicar al pago de la deuda el gravamen sobre un inmueble, lo que no da lugar en modo alguno a extinción de una obligación y nacimiento de otra nueva, pues expresamente se declaró la subsistencia de las acciones dimanantes de anterior contrato de préstamo y concesión de crédito; por todo lo expuesto no se ha infringido ni el artículo 1.203 ni el 1.204, en cuanto respecto de este último no se probó la declaración terminante en el sentido de novar la obligación ni había incompatibilidad alguna entre los distintos actos jurídicos, en cuanto el posterior, antes que dejar sin efecto el anterior, lo reforzaba y afianzaba con el objeto de llegar a la devolución al acreedor de la cantidad prestada.

Considerando que el motivo sexto de este primer recurso con amparo en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega haberse inducido en violación por no aplicación del artículo 1.851 del Código Civil, por estimar que «resulta indudable que en la escritura de hipoteca se otorgó una prórroga a la deudora y que benefició por ello a los fiadores solidarios», prórroga que, se dice, se concedió sin mediar el consentimiento de los mismos fiadores, de cuyo hecho debieron los Juzgadores haber deducido, conforme el artículo 1.851, la extinción de la fianza, y entrando en el análisis de los hechos se dice además que no se tuvo en cuenta la compensación procedente de la suma que doña María del Carmen P. había reintegrado a la entidad actora, a cuyo efecto hace la recurrente una apreciación de la prueba que disiente esencialmente de la llevada a cabo por la Sala *a quo*; motivo que decae, en primer lugar porque de los hechos que la sentencia recurrida declara probados y en los que basa su fallo, estimatoria en parte de la demanda, no resulta un contrato real y efectivo de fianza entre los demandados como fiadores y la entidad actora como acreedor, sino una mera apariencia de fianza superpuesta a una realidad en que los demandados más que fiadores eran deudores principales, en sustitución de la sociedad que sin domicilio, sin documentación y sin actuación alguna crearon a manera de mera apariencia jurídica, y sobre la cual no puede situarse la personalidad de deudor principal precisamente por su inoperancia práctica; en segundo lugar, porque aunque se considerasen fiadores propiamente dichos los actuales recurrentes, no concurrió el supuesto de la norma invocada, artículo 1.851 del Código Civil, en cuanto no se trató en la escritura de hipoteca de prórroga alguna del contrato, sino de reforzamiento de la garantía del acreedor, el cual de esa forma no tomaba a su arbitrio el contrato, sino que, por el contrario, impedía que, en contra de lo dispuesto en el artículo 1.256, el contrato de préstamo y la devolución de la suma debida quedasen al arbitrio de los supuestos fiadores, todo ello sin novación alguna del primitivo contrato de préstamo y teniendo en cuenta que la *ratio legis* del artículo 1.851 es evitar prórrogas que impliquen novación de obligaciones, supuesto no concurrente en el caso ahora contemplado; por otro lado, según ha declarado esta Sala (Sentencia de 22 de noviembre de 1916) la existencia de prórroga es una cuestión de hecho, de la incumbencia de los Tribunales de instancia y su estimación o desestimación sólo puede combatirse en casación por el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que impide, en definitiva, acceder a este motivo, toda vez que la Sala *a*

quo no apreció prórroga alguna de fianza, ni siquiera la existencia de una fianza propiamente dicha.

Considerando que, por último, la recurrente señora P. en el motivo 8.º, con el mismo apoyo procesal, alega la infracción por violación consistente en inaplicación del artículo 1.143 del Código Civil, partiendo para ello de la existencia de una novación que la sentencia recurrida niega y no ha sido en este recurso eficazmente impugnada en su base fáctica, y al ser así decae este motivo ante la expresada inexistencia novatoria, de donde deriva que no había razón alguna para aplicar el precepto que se cita como infringido por no aplicación, pues no era procedente la misma al quedar sin prueba la alegada novación.

Considerando que en el examen del recurso de casación formulado por la representación de don Ramón D. figura un primer motivo comprendido en el número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, citando como infringido el artículo 359 de la misma Ley y la doctrina legal que menciona; entiende el recurrente que la sentencia recurrida ha alterado la causa de pedir y el *petitum* que se condena los demandados no por la relación de préstamo de fianza, sino por haber sido parte en una asociación negocial fracasada a la que el Banco había aportado el millón de pesetas de la suscripción de acciones y la suma de 41.050.000 pesetas por vía de préstamo, de todo ello deduce la incongruencia de la sentencia con la acción ejercitada; conclusión inadmisibles, ya que en primer lugar la congruencia de la sentencia ha de determinarse por la adecuación entre el fallo y lo pedido en los escritos fundamentales de la litis, y no de la supuesta discordancia de lo razonado en los considerandos con el fallo y los escritos de las partes, en cuanto se ajuste en lo esencial a las pretensiones de aquéllas; de modo que el Tribunal puede atender no sólo a los hechos relevantes y fundamentales, sino también a los que de algún modo los complementan y precisan, siempre que con ello no se amplió su decisión a puntos no controvertidos; y en el caso debatido el Tribunal de apelación no ha desestimado ningún aspecto fáctico de la cuestión, sino que ha considerado acertadamente los diversos actos jurídicos realizados por las partes como constituyendo una unidad que no puede desgajarse a la hora de decidir, salvo atenerse a aspectos periciales del conjunto traído a su consideración dentro de un juicio declarativo de mayor cuantía, con la consiguiente repercusión en el fallo, que sería imperfecto si dentro de la cuestión fáctica aportada no trata de resolverla aplicando las normas de Derecho procedentes, y en este sentido el fallo no adolece de incongruencia, pues se atiende a lo pedido en la demanda y reconvención, ni, en contra del criterio de este recurrente, ha alterado en forma alguna el *petitum* ni la causa de pedir, lo que no tiene lugar cuando entra en puntos de hecho implícitos e inseparables de la cuestión fundamental planteada; doctrina aplicable al supuesto ahora en estudio y que se deduce de numerosas Sentencias de esta Sala (20 de mayo, 2 de junio, 26 de noviembre de 1982, 10 de abril y 3 de julio de 1981, 1 de diciembre de 1981, 10 de julio, 3 de octubre, 26 de septiembre, 28 de enero y 13 de octubre de 1983); todo ello sin olvidar que si la incongruencia se plantea por primera vez en casación, como es el caso de este recurso al no referirse a ella en absoluto la sentencia recurrida, entonces, como han declarado las Sentencias de 27 de febrero y 12 de

abril de 1982, ha de considerarse como cuestión nueva rechazable en este estado procesal.

Considerando que el rechazo del primero de los motivos formulados por el señor De D. acarrea la desestimación del segundo, que con el mismo amparo procesal considera infringido el artículo 24, 1, de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, ya que es evidente que los demandados en el proceso de que dimana este recurso tuvieron la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos en esta litis y en ningún caso se les produjo forma alguna de indefensión.

Considerando que el tercero y último de los motivos aducidos por la misma representación, también con apoyo en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega como infringido por inaplicación del artículo 1.851 del Código Civil, y para justificar la supuesta infracción se hace una apreciación de los hechos que difiere esencialmente de la efectuada por la Sala de apelación y desatendiendo la petición fundamental de la demanda y la causa *petendi* en que se basa, consistente en la existencia de una relación de préstamo cuya liquidación se insta previa devolución de la suma prestada por los prestatarios, que dispusieron de ella bajo la apariencia de una inoperante sociedad urbanizadora integrada únicamente por los litigantes; y en la que aquéllos figuraban como fiadores, cuando en realidad son los deudores principales, motivo que, en definitiva, ha de ser desestimado por las mismas consideraciones que se expusieron al desestimar el motivo sexto del recurso interpuesto por doña María del Carmen P. y que se dan por reproducidas aquí.

R. DE A. Y.

SOCIEDADES ANONIMAS: RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA ADMINISTRADORA (ARTICULO 81 DE LA LEY REGULADORA). PUNTUALIZACION A LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE INTERPRETA EL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1985).

Hechos.—La sociedad actora entabló demanda contra doña Dolores, por el concepto de responsabilidad como administradora de una sociedad anónima en quiebra.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don Rafael Casares Córdoba.

Doctrina de la Sala.—En su único considerando alusivo al fondo del asunto, la Sala expone la siguiente doctrina, especialmente interesante en cuanto que se puntualiza que, por muy amplia que sea la interpretación del artículo 1.902 del Código Civil, siempre es inexcusable la declaración inculpatória del demandado, presunto causante del daño.

Considerando que frente a la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia de Barcelona de 23 de marzo de 1983, confirmatoria

de la del Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de la propia capital de 31 de julio de 1981, desestimatoria de la demanda interpuesta en representación de la mercantil «B. M.», S. A., contra Dolores S. C. absolviendo de la pretensión de responsabilidad civil individual de ésta como administradora de la anónima en quiebra «C. S.», S. A., al amparo del artículo 81 de la Ley de Sociedades Anónimas, se alza el presente recurso articulando un único motivo de casación que, bajo el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de ser examinado (sin olvidar las posibilidades legales que el actor tuvo de instar una más amplia retroacción de la quiebra dicha) partiendo de la incuestionada situación de hecho establecida en la instancia que no solamente niega en sus considerandos sexto y séptimo que se hayan alegado «actos concretos de la demandada» determinantes de la responsabilidad personal de la misma en haber provocado la insolvencia social, sino que aún añade que las inculpaciones del acto a la demandada se contrajeron a una conducta de la que «se quieren deducir presunciones de responsabilidad individual» improsperables al quedar cortado el camino de tales presunciones por faltar en fase probatoria los apoyos del «alegato de insolvencia provocada o responsable individualmente para con la demandada», desde cuya inatacada perspectiva fáctica ha de claudicar el motivo que denuncia la violación por inaplicación del artículo 1.902 del Código, ya que por mucho que se atenúe el principio de responsabilidad por culpa que este precepto consagra, tal y como viene haciéndose jurisprudencialmente a través de limitaciones del criterio de interpretación subjetivista del mismo con base singularmente en el principio de responsabilidad por riesgo e inversión de la carga de la prueba (Sentencias de 16 de julio de 1943, 24 de marzo de 1953, 18 de noviembre de 1980 y 6 de mayo de 1983), no puede ser acogida dicha responsabilidad sin una previa declaración inculpatoria del demandado como ha dicho este Tribunal (Sentencia de 27 de abril de 1984 y las en ella citadas), inculpación que, interpretando los hechos, la sentencia de instancia niega sea posible hacer, como se ha dicho, frente a la demandante, con los efectos previstos en el artículo 81 de la Ley de Sociedades Anónimas, sin que aquella entidad acreedora haya puesto en cuestión, por la vía adecuada, ni la interpretación realizada por el juzgador ni los hechos concretos —compra del yate y automóvil de lujo por la demandada que se declara acaecida con anterioridad a la constitución de la sociedad de la que era administradora— ni la presunción de inocuidad en la insolvencia social que, en la propia sentencia se hace, en punto a las obras llevadas a cabo por la propia demandada para una nave industrial en solar de su propiedad ni la compra del piso vivienda ocupado por la misma.

R. DE A. Y.

IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION, CONOCIDA DE ANTEMANO POR EL DEUDOR (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1985).

Hechos.—La actora, copropietaria de un terreno, lo había enajenado al demandado (constructor), comprometiéndose este último a entregar

a cambio a la demandante una lonja de sótano adaptada a las características de sala de baile. No lo hizo así, sino que entregó a la actora el local en forma de garaje.

Se solicitaba en la demanda (dirigida contra el adquirente del terreno y la Comunidad de propietarios del edificio, en lo que le afectara), que se condenase al primero a modificar el local, adaptándola al destino convenido, con modificación del régimen de propiedad horizontal y lo demás concordante.

El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso. Ponente: don José Beltrán de Heredia Castaño.

Doctrina de la Sala.—Dice el Tribunal Supremo, en el pasaje correspondiente, y en vista de que el recurrente había alegado la imposibilidad de la prestación, por no poder obtener licencia del Ayuntamiento para la sala de baile, lo siguiente:

«... la imposibilidad invocada, con base en las Ordenanzas Municipales, es evidente que existía con anterioridad al contrato discutido, cuyo conocimiento era obligado para el constructor, por su profesión, no obstante lo cual aceptó los términos convenidos, sin objetar nada en contrario, con independencia de que, según revela el informe posterior del Ayuntamiento, la normativa vigente, más que la alegada imposibilidad, implica el necesario cumplimiento de unas exigencias que no se pensó observar, puesto que —forzoso es repetirlo— la licencia se solicitó para un fin distinto, como era la construcción de un garaje...».

NOTA.—En realidad, la manifestación sobre la imposibilidad de cumplimiento es un *obiter dictum* en la sentencia, pues en suma se viene a manifestar que la construcción de la sala de baile era posible con arreglo a ciertas condiciones técnicas que el Ayuntamiento había de imponer.

Pero, en el caso de que en efecto no fuera posible esa prestación, tiene interés la manifestación de que el obligado no podía alegar esa imposibilidad porque pudo conocerla y debió hacerlo, dada su condición de contratista (criterio de la diligencia del deudor *concreto*, en razón a sus circunstancias personales), al concertar el contrato.

La pregunta que nos planteamos en un terreno hipotético —pues esto no ocurrió— es si esa eventual imposibilidad en cuanto al destino del local (sala de baile) hubiera podido servir de causa de resolución del contrato o, por el contrario, sólo de motivo para poner en marcha los mecanismos de incumplimiento por causa no imputable al deudor o, en su caso, los propios de la ejecución defectuosa, pues hay que tener presente que el local (que parece lo esencial de la prestación) se entregó en efecto, aunque no con los caracteres exactamente convenidos.

R. DE A. Y.

PRUEBA DE PRESUNCIONES (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1985).

Doctrina de la Sala.—Ponente: don Rafael Pérez Gimeno.

«... pues aparte de que en su primer considerando expresamente corrobora los argumentos del Juzgador, suficientes para mantener el pronunciamiento impugnado, incluso, aunque así no fuera, no puede olvidarse que la valoración de la prueba de presunciones incumbe por su naturaleza al Juzgador de instancia, pudiendo únicamente prosperar el recurso de casación cuando se ataque la existencia y realidad del hecho base o cuando la deducción no se sujete a las reglas del criterio humano, resultando absurda, ilógica e inverosímil supuestos de excepción que aquí no concurren.

R. DE A. Y.

LA CIRCUNSTANCIA DE NO HABERSE CUMPLIDO UNA OBLIGACION FISCAL NO ALTERA LA NATURALEZA CIVIL DEL CONTRATO NI REDUCE O DESVIRTUA SU EFICACIA OBLIGACIONAL. MORA AUTOMATICA EN LAS OBLIGACIONES RECIPROCAS (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1985).

Doctrina de la Sala.—Ponente: don Jaime de Castro García.

Los hechos relevantes se desprenden de los considerandos que a continuación se transcriben, en relación con las materias expresadas en el encabezamiento.

Considerando que al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el motivo inicial del recurso denuncia infracción, por interpretación errónea del artículo 114, párrafos 1 y 2, del Decreto 1018/1967, de 6 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Tarifas de los Impuestos Generales sobre las Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, norma vulnerada, en criterio del recurrente, al haberse concedido valor probatorio en el proceso al documento de 3 de marzo de 1978, que contiene el contrato que a los contendientes liga, a pesar de que no figura nota de liquidación fiscal o expresiva de que la operación de que se trata no se halla sujeta al pago del impuesto, por lo que a su juicio debió ser devuelto a la actora recurrida, en lugar de ser ordenada en el fallo «la deducción del testimonio a la Oficina Liquidadora»; alegación que no puede prosperar, pues la doctrina de esta Sala tiene declarado con reiteración que la circunstancia de haberse incumplido una obligación fiscal no altera la naturaleza civil del contrato ni reduce o desvirtúa su eficacia obligacional, por lo mismo que su alcance se limita a procurar el control del correspondiente organismo liquidador del impuesto sobre el acto en cuestión, ante el cual responderán las partes por haber incurrido en omisión, que ha sido ordenada subsanar por el Juzgador sin perjuicio de atribuir al documento la significación demostrativa que le corresponda,

premisa de la que son obligada conclusión las afirmaciones jurisprudenciales en cuanto a que las normas de naturaleza fiscal carecen de la idoneidad requerida para basar en ellas un recurso de casación por infracción de ley y, por consiguiente, no puede articularse la impugnación casacional sobre el hecho de que la constancia escrita del negocio de que se trata no fue presentado previamente en la Oficina correspondiente para el pago del impuesto sobre actos jurídicos documentados (Sentencia de 5 de marzo de 1981).

Considerando que la repulsa del anterior motivo arrastra indefectiblemente la del tercero, pues mal puede sostenerse que ha sido violado el artículo 1.100, párrafo 3.º, del Código Civil, cuando es lo cierto que precisamente el juego propio de las obligaciones bilaterales provoca la constitución en mora de uno de los obligados cuando el otro sujeto del contrato cumplió las suyas, efecto que se produce de modo automático cuando se trata de negocios en los que las prestaciones de las partes han sido convenidas como de simultánea efectividad, sin referirlas a tiempos diversos, y en el caso debatido es incuestionable que la morosidad de la empresa comitente surgió sin más una vez que la Sociedad contratista dio fin a las obras contratadas de carpintería y acristalamiento, haciendo entrega a «Z», S. A.

R. DE A. Y.

III. ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

Por CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

RETRACTO DE COLINDANTES.—SEGUN REITERADA JURISPRUDENCIA, NO ES APLICABLE PARA DETERMINAR EL CARACTER DE RUSTICA LA LEGISLACION DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS DICTADA PARA SUPUESTOS DISTINTOS, A EFECTOS DEL RETRACTO DE COLINDANTES (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1984).

Se interpone demanda solicitando el retracto de colindantes ante el Juzgado número de 1 de Orense, que la desestimó, aunque la Audiencia Territorial revocó la anterior, admitiendo las alegaciones del actor.

No ha lugar al recurso de casación. El retrayente es propietario de una finca colindante con la de los demandados. La finca que se intenta retraer es rústica, pues es un terreno en pleno campo, a un kilómetro de población, y siempre se ha destinado a producciones agrícolas, y alejado de carreteras. Es falso que los retrayentes conocieran la venta antes de ejercitar la acción de retracto, pues el documento: papeleta de conciliación no tiene el carácter de auténtico a los efectos del recurso extraordinario y no patentiza lo contrario de lo afirmado por la Sala. Los nueve días no pueden contarse desde el acto de conciliación, ya que el conocimiento de la venta por el retrayente en ese momento no fue completo, cumplido o cabal, no bastando ciertas referencias de la misma a datos

incompletos de sus condiciones. Tampoco podía exigir la consignación del precio, pues no se tenía conocimiento exacto de cuál era a efectos de su depósito previo. Respecto a la calificación de rústica, esta Sala atiende al aprovechamiento primordial y no estar emplazada dentro de zona o plan de ensanche de alguna población, aun cuando dentro de su perímetro exista alguna edificación, habiendo de atenerse a la situación de la finca al verificarse la transmisión, sin que influyan las modificaciones posteriores y no siendo aplicable la legislación arrendaticia, dictada para supuestos distintos, por lo que no puede seguirse la norma del artículo 2.º del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 1959, para considerar la finca como rústica.

C. R. R.

RESOLUCION DE ARREDAMIENTO.—CABE EL EJERCICIO ANTICIPADO DE LA ACCION DE DESAHUCIO POR EXPIRACION DEL TERMINO, SEGUN SE DEDUCE DEL ARTICULO 135 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS DE 1980 (SENTENCIA DE 17 DE FEBRERO DE 1984).

Requerido el arrendatario para que abandone la finca, se niega a ello, por lo que tiene que acudir a la vía judicial para que declare la extinción de dicho arrendamiento ante el Juzgado número 2 de Córdoba, que estimó la demanda, confirmando su doctrina la Audiencia Territorial.

No prospera tampoco el recurso de casación. El artículo 135 de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 permite ejercicio anticipado de la acción de desahucio por expiración del término del arrendamiento y no sólo, como pretende el recurrente, en los casos de conversión de la aparcería en arrendamiento o denegación de prórroga, ya que al hablar de éstos «entre otros casos», no hace una enumeración exhaustiva, aflojando la analogía entre los supuestos de denegación de prórroga y la pretensión de que se decrete en su día el desahucio por expiración del plazo contractual y de sus prórrogas legales que es el supuesto contemplado en esta litis.

C. R. R.

RETRACTO.—LA NUEVA LEY DE ARRENDAMIENTOS ES APLICABLE A LOS EXISTENTES EN EL MOMENTO DE SU ENTRADA EN VIGOR PERO OTRA COSA DISTINTA ES LA APLICABILIDAD DE LA NORMA A LOS ACTOS REALIZADOS ANTES DE SU VIGENCIA, LO QUE SUPONDRIA LA RETROACTIVIDAD DE UNA NORMA, QUE SE HALLA IMPEDIDA POR EL ARTICULO 2.º, 3, DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1984).

El Grupo Sindical de Colonización que tenía arrendada una finca que es vendida, interpone demanda ante el Juzgado de Tarancón que la estima, pero la Audiencia de Albacete estimó en parte el recurso de apela-

ción, excluyendo del retracto a una de las fincas, por no tener el demandante derecho a retraer la finca.

El recurso de casación no tiene éxito. Basta para la aplicación del número 8 del artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos que el arrendamiento no afecte a la totalidad de la finca, que es el supuesto que nos ocupa, ya que aquel precepto se refiere a los casos en que lo arrendado no es la total extensión de la finca, sino una parte de ella, con independencia de que la porción arrendada integre el objeto de uno o de varios arrendamientos distintos. No son aplicables los artículos 93 y 96 de la Ley de 1980, que el recurrente alega como vigentes, en virtud del mandato de la disposición transitoria primera, porque una cosa es la aplicación de los preceptos de esta Ley a los arrendamientos existentes en el momento de su promulgación, rigiendo los actos posteriores a la misma, y otra diferente la aplicabilidad de la norma a los actos realizados antes de su vigencia, lo que supondría la retroactividad de una norma que se halla vetada por el artículo 2, 3, del Código Civil, a no ser que dispusiere lo contrario, lo que no sucede aquí. Los actos jurídicos han de regirse por la legislación vigente en el momento en que se realizaron.

C. R. R.

RETRACTO.—LA NUEVA LEGISLACION ES APLICABLE SOLAMENTE A LAS VENTAS REALIZADAS DESPUES DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA MISMA, AUNQUE EL ARRENDAMIENTO SEA DE FECHA ANTERIOR (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1984).

Se formula la demanda de retracto ante el Juzgado de Pola de Laviana, que la admitió, pero en la apelación revocó la Audiencia.

No triunfa el recurso de casación. La sentencia recurrida modificó la de primera instancia, porque, aun suponiendo existente una dudosa condición de arrendatario del retrayente, no se acredita que el arrendamiento recayese sobre la totalidad de la finca vendida y, además, la finca no tiene la condición de rústica, dada su proximidad a centros urbanos, excediendo su valor del doble del que tendría como agrícola. El derecho de retracto nació el 1 de diciembre de 1980, fecha en la que no había comenzado a regir la Ley de 31 del mismo mes y año y el derecho de retracto se rige, por tanto, por la legislación anterior, según se desprende de la disposición transitoria primera de la citada Ley arrendaticia y de las del Código Civil, especialmente la primera de dicho cuerpo legal. La nueva legislación es aplicable sólo a las ventas realizadas después de regir la misma, aunque el arrendamiento sea de fecha anterior, sin perjuicio de que, en el aspecto procesal, haya de regir la nueva normativa vigente al tiempo de sustanciarse este recurso, sin que por ello quepa afirmar la retroactividad de las normas procesales, ya que su irretroactividad es reconocida no sólo por la disposición transitoria tercera del Código, sino también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

C. R. R.

EXTINCION DE ARRENDAMIENTO.—HAN DE PAGARSE LAS RENTAS QUE VENZAN DURANTE LA SUSTANCIACION DEL LITIGIO Y LAS ANTES ADEUDADAS PARA EVITAR QUE MEDIANTE IMPUGNACIONES SIN BASE JURIDICA SE TRATE DE DILATAR LA TERMINACION DEL CONFLICTO (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1984).

En 1981 se comunicó al arrendatario, notarialmente, que se denegaba la prórroga, dando por finalizado el contrato al terminar el año agrícola 1981-82, accediendo el arrendatario a ello, aunque no abonó la renta del último año; por otra parte, debía abonar el arrendatario a sus arrendadores el valor de las fanegas de barbecho a que se había comprometido al finalizar el contrato, habiendo sembrado el último año toda la finca, con el consiguiente perjuicio para el propietario. Tanto el Juzgado de Córdoba como la Audiencia de Sevilla estimaron la demanda, no teniendo éxito la apelación por no haber consignado el demandado las rentas correspondientes al año agrícola que corría durante su tramitación,teniéndole por desistido del mismo.

Tampoco triunfa el recurso de casación. Las rentas que venzan durante la sustanciación del litigio y las antes adeudadas deben consignarse para mantener las prestaciones de los sujetos, evitando que con la interposición de impugnaciones sin base jurídica se trate de dilatar la ultimación del conflicto, permaneciendo el colono en el disfrute de las tierras sin hacer oportuno pago de la obligada merced arrendaticia y sin que, una vez transcurrido el plazo legal para interponer los recursos, quepa subsanar el defecto, por cuanto carece de un requisito esencial y su admisión está viciada de nulidad, a lo que se atuvo correctamente el Tribunal de instancia, teniendo en cuenta, además, que el pago de la renta se debía hacer por años anticipados.

C. R. R.

DESAHUCIO.—NO CABE LA PRORROGA POR NO HABER SIDO NOTIFICADO EN FORMA LEGAL EL DESEO DEL ARRENDATARIO. A FALTA DE PACTO SE FIJA POR LA SALA EL MINIMO LEGAL (SENTENCIA DE 20 DE JULIO DE 1984).

Se plantea demanda de desahucio por vencimiento del término ante el Juzgado de Medina del Campo, que la estima, así como la Audiencia de Valladolid.

No prospera el recurso de revisión. No consta que el recurrente diese el preaviso, según la Ley, para ejercitar su derecho a la prórroga del arriendo, no siendo el arrendatario cultivador personal. Debíó notificarse con un año de anticipación en las fincas de aprovechamiento agrícola bien personalmente, bien a su apoderado o a la persona previamente designada en el contrato y, en defecto de todos, el arrendatario hará constar su voluntad de prorrogar el contrato por acta notarial, normativa que omitió el recurrente, siendo evidente que el contrato se extinguió por terminación del plazo de su vigencia, habiendo aplicado rectamente el

precepto que se estima infringido. A falta de pacto, la sentencia recurrida señaló el mínimo legal, pues, de otra forma, la duración quedaría al arbitrio del deudor, lo que prohíbe el artículo 1.128 en relación con el artículo 1.256 del Código.

C. R. R.

DESAHUCIO.—AL ENTRAR EN VIGOR LA NUEVA LEY DE ARRENDAMIENTOS YA SE HALLABA EN TRAMITACION ESTE LITIGIO, POR LO QUE HA DE REGIRSE POR LA LEGISLACION ANTERIOR (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1984).

Se promueve el desahucio por extinción del plazo contractual de la finca arrendada cuyo principal aprovechamiento es ganadero ante el Juzgado de Cazalla de la Sierra, que la admitió, confirmando la Audiencia de Sevilla.

No triunfa el recurso de revisión. El recurrente entiende que debían seguirse los trámites de la nueva Ley de 1980, pero hay que rechazarlo porque cuando se publicó la Ley de 1980 y comenzó a regir ya se hallaba en tramitación este proceso, iniciado por la presentación de la demanda, por lo que es absurdo exigir un nuevo comienzo del mismo proceso, ya que había de seguir por la normativa vigente al iniciarse, en cuanto que las partes no optasen por continuar por los trámites que la nueva Ley señala, ya que el procedimiento a seguir, a falta de opción de los interesados es el anterior, según la disposición transitoria cuarta del Código Civil, pues seguir otro criterio implicaría dar efecto retroactivo a las normas procesales de la Ley de 1980, contra el principio general del artículo 2 del Código Civil.

C. R. R.

RETRACTO.—EN LOS CASOS DUDOSOS HAY QUE ESTAR AL PRECIO REAL, AUNQUE DIFIERA BASTANTE DEL QUE FIGURA EN LA ESCRITURA Y ESE SERA EL QUE SE HA DE REEMBOLSAR POR EL RETRAYENTE (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1984).

Se interpone demanda de retracto ante el Juzgado de Vinaroz, que la desestimó por falta de *litis consorcio* pasivo, sin entrar a conocer el fondo del asunto. La Audiencia de Valencia revocó la anterior y declaró el derecho a retraer la finca previo pago de la cantidad que se fija como precio real de la misma, junto con los gastos del contrato y restantes del artículo 1.518 del Código Civil.

Es desestimado el recurso de casación. No es admisible como precio real el que aparece en la escritura de 40.000 pesetas, y, de acuerdo con la racionalidad en la equivalencia de las prestaciones y con la doctrina del enriquecimiento injusto, pues resultaría desproporcionado con el real fijado por la prueba pericial en la suma de 2.300.000 pesetas, lo que forzó a la Sala de instancia a la admisión del retracto, pero mediante el reembolso de esta última cantidad como precio verdadero. No hay una

regla absoluta para determinar el reembolso que el retrayente ha de satisfacer, máxime cuando las situaciones creadas por los intereses en juego pueden prestarse a relativizar y aun a disfrazar los datos concretos de las operaciones transmisivas. De ahí que las soluciones jurisprudenciales sean distintas y posiblemente antagónicas con el deseo de llegar a una solución justa. Predomina en la jurisprudencia la corriente que establece en los casos dudosos, tanto cuando no hay constancia del precio como cuando el que aparece es desproporcionado o inferior al valor de la finca vendida que hay que estar por razón de justicia al precio real, es decir, a la cantidad en metálico que se ha entregado por el comprador y, por tanto, conocido el verdadero precio, ese será el que se ha de reembolsar aunque no coincida con el de la escritura y es aquél el que debe prevalecer frente a éste. El precio escriturado ha de ceder frente al real, de acuerdo, por lo demás, con la doctrina del alcance relativo de la fe pública notarial al respecto, sólo vinculante en cuanto a la fecha y al hecho del otorgamiento.

C. R. R.

IV. SUCESIONES

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI

LEGADO DE COSA AJENA.—BIEN COMUN DEL MATRIMONIO. Artículos 861 y 864 del Código Civil (SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1985).

Cada uno de los cónyuges catalanes era dueño de la mitad indivisa de una casa, sin que la sentencia resulte el título de su adquisición ni el régimen económico matrimonial. Ambos cónyuges otorgan sendos testamentos notariales en cada uno de los cuales legan a sus tres únicos hijos por partes iguales el referido inmueble, adjudicando cada una de las tres plantas de que consta a cada uno de los tres hijos. Fallecido el padre, vienen los hijos y la madre contribuyendo a los gastos de la casa, parece ser que en la proporción correspondiente a la adjudicación hecha por el padre, es decir, por partes iguales entre los tres hijos y posteriormente la madre otorga nuevo testamento instituyendo única heredera a su hija, sin que en la sentencia se contenga dato que permita saber en qué medida se respeta la legítima de los otros dos hijos. Fallecida la madre, la hija otorga escritura adjudicándose como heredera de su madre la propiedad de la mitad indivisa de la casa y en base a la misma ejercita acción de división solicitando que se la adjudiquen dos de las tres viviendas de la casa y que la vivienda restante se adjudique por iguales partes indivisas a sus dos hermanos, quienes, a su vez, se oponen a la demanda por entender que, conforme al testamento paterno, debe adjudicarse a cada uno de ellos una vivienda y su hermana la vivienda restante, pidiendo, además, que su hermana les satisfaga lo que les corresponde por legítima materna.

El Juzgado de Primera Instancia número 5 estima la demanda, pero la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona revoca la

Sentencia del Juzgado y adjudica a cada uno de los tres hijos uno de los pisos del inmueble, conforme al testamento paterno, debiendo entregar la hermana a sus hermanos lo que les corresponda por legítima materna.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la actora, conforme a las siguientes consideraciones:

Que las actuaciones de las que trae causa el presente recurso se iniciaron con la demanda entablada por la actual recurrente, ejercitando la acción *communi dividundo* del artículo 400 del Código Civil, contra sus dos hermanos —ahora recurridos— en relación con una casa sita en la ciudad de Badalona, que tenían en régimen de comunidad indivisa, adquirida por herencia de sus padres —a su vez copropietarios *pro indiviso*, sometidos en su matrimonio al régimen de separación de bienes—, alegando que, a cada uno de ellos, correspondía una tercera parte de la mitad indivisa, según el testamento del padre de 23 de marzo de 1962, mientras que la actora era propietaria exclusiva de la otra mitad también indivisa, por lo que le correspondían las dos terceras partes indivisas del inmueble, frente a la tercera parte restante de sus hermanos, que suponía la sexta parte de cada uno; solicitud que se concretaba con la fórmula de propiedad horizontal del párrafo 2.º del artículo 401 del Código, completándose con la declaración de satisfacer la legítima de sus hermanos y la reserva de cuantos derechos le correspondiesen para su determinación y fijación. La pretensión se estimó parcial, pero esencialmente por la sentencia de primer grado, pero en cambio, con revocación de ésta, fue rechazada por la que ahora se recurre, que desplazó el tema del debate, de la división en sí, al del objeto de lo que debía dividirse, dependiente de las titularidades adquiridas por los hijos litigantes, de la herencia de sus padres y consiguientemente, al contenido de las disposiciones testamentarias de éstos, pues en la demanda inicial se silencia el hecho fundamental de que el mismo día —y ante el mismo Notario—, es decir, el 23 de marzo de 1962, la madre también otorgó testamento y ambos tenían un contenido idéntico, referido a la mitad de la casa objeto del litigio en la que, como dicho queda, cada uno tenía la mitad indivisa, atribuyendo al otro recíprocamente, en usufructo la mitad propia y legando a cada uno de los tres hijos la nuda propiedad, añadiéndose —en los dos testamentos— que al consolidarse en dicha nuda propiedad el usufructo que lega —al marido en uno, a la mujer en el otro— poseerán los hijos la finca, en régimen de propiedad horizontal, señalándose incluso —igualmente en los dos testamentos— el piso que corresponderá a cada uno de los hijos; lo cual acredita, por sí solo, que en cada uno de los dos testamentos se otorga un legado de cosa ajena, válido según el artículo 861 del Código Civil, de cosa cierta y determinada, en el que los dos testadores saben perfectamente que se trata de cosa ajena, justo porque afecta a la otra mitad indivisa de la cosa, que, junto con la propia, que dejan en usufructo a su cónyuge, integra la totalidad del inmueble; disposición testamentaria y legado de cosa ajena, que fue respetado cuando el 11 de octubre de 1966 se realiza el acto de manifestación de bienes e inventario de la herencia del padre en el que actúa la madre utilizando

el poder que desde Suiza le envía uno de sus hijos (José), que otorga la autorización para proceder «en la forma ordenada por el padre en su testamento»; y que no se desvirtúa con el nuevo testamento que otorga la madre-viuda, el 4 de abril de 1979, donde nombre heredera universal a la hija que inicia el pleito y ahora recurre, porque no se menciona para nada la cosa litigiosa, constando la existencia en su patrimonio individual de otros bienes de otros parientes de la testadora, ni contiene cláusula derogatoria, ni puede afectar a la validez del legado referido, por imperativo del precepto del artículo 861 del Código. Razones todas que conducen a la desestimación del motivo primero del recurso, donde por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se alega violación del 864 del mismo Código, precisamente porque el legado se refiere a parte de la cosa —la mitad— es cierta y determinada, con plena validez legal que obliga a su cumplimiento.

Que el motivo segundo, amparado procesalmente en el mismo número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento se impugna la interpretación llevada a cabo por el Juzgador, denunciando violación del 675 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial recogida en las Sentencias de este Tribunal Supremo que cita, que tampoco es susceptible de estimación justo con base en la reiterada doctrina jurisprudencial invocada, referente a una materia en la que, como se dijo en la Sentencia de 3 de abril de 1965 «a diferencia de lo que ocurre en los actos jurídicos *inter vivos*, en los que, al interpretarlos debe tratarse de resolver el posible conflicto de intereses entre el declarante y el destinatario de la declaración, la interpretación de los actos testamentarios, aunque tenga también su punto de partida en las declaraciones del testador su principal finalidad es investigar la voluntad real o al menos probable del testador, en sí misma, pues no cabe imaginar un conflicto entre los sujetos de la relación —causante y herederos—, sin que pueda ser obstáculo la impropiedad o lo inadecuado de los términos empleados, siempre que aquella voluntad resulte de circunstancias claramente apreciables, incluso exteriores al testamento, como ya se dijo, entre otras, en las Sentencias de 8 de julio de 1940, 6 de marzo de 1944, 3 de junio de 1947 y se reitera en las de 20 de abril de 1965, en el sentido precisado en las de 12 de febrero de 1966 y 9 de junio de 1971, de completar aquel tenor literal, con el lógico, el teleológico y el sistemático, al modo como hizo en este caso con acierto el Tribunal *a quo*, al tener en cuenta la existencia de los dos testamentos de los dos padres de los después litigantes, viniendo a completarse recíprocamente, pensando en el destino de la casa en litigio, una vez que ellos hubieran desaparecido, equitativamente atribuido entre los tres hijos, con la fórmula jurídica ya referida, del legado de cosa ajena legalmente válido, que respetó tanto la manifestación de bienes e inventario de la herencia del padre como el posterior testamento de la madre de 4 de abril de 1979, donde, como se dijo, designa heredera universal a la actual recurrente, sin mencionar el bien discutido; frente a lo que resultan inoperantes los alegatos del recurso, basados en meras suposiciones o deducciones, pues asimismo la doctrina jurisprudencial, de la que son muestra las Sentencias de 2 de noviembre de 1957 y 5 de octubre de 1970, es reiterada al declarar que «es de la incumbencia de los Juzgadores de instancia el fijar el sentido y alcance de las cláusulas

testamentarias, debiendo prevalecer su criterio sobre el de los recursos, siempre que no aparezca evidenciado el de aquéllos en términos que contrarie la voluntad expresa del testador, insistiendo la doctrina en que cuando meramente se trata de interpretación de cláusulas, es menester que el error resulte *muy manifiesto* en la sentencia recurrida o en otros términos que se patentice de modo claro», lo que sin duda no se consiguió en el caso que se examina.

Que como consecuencia de cuanto antecede, son igualmente desestimables los restantes motivos que se formularon todos ellos por el cauce del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, pues el motivo tercero denuncia aplicación indebida de la doctrina contenida en el principio jurídico según el cual «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos», recogida en las Sentencias de este Tribunal Supremo que cita, siendo así que la sentencia recurrida no lo aplica, como el propio recurso reconoce al decir que «la Sala de instancia *hace referencia* en el considerando séptimo a los actos propios»; y, en efecto, se «refiere» a ellos, como se vio al confirmar la interpretación realizada, con la actitud de la madre de los litigantes, al morir el padre, en relación en primer lugar con el poder que le envió desde Suiza su hijo José, donde expresamente se dice concedida la autorización para actuar «en la forma ordenada por el padre en su testamento» como en verdad se hizo, aceptando pura y simplemente el testamento, así como los legados y la herencia del causante, reconociendo la exactitud de las manifestaciones que en él consignó el testador con renuncia expresa de la cuarta falcidia y dejando en suspenso la adaptación de la finca al régimen de propiedad horizontal mientras subsistiera el usufructo correspondiente de la madre; y asimismo por la actitud individual de la madre mantenida durante trece años y cuando otorga nuevo testamento en 1979, nombrando a la recurrente heredera universal, no menciona la cosa litigiosa ni hace alusión derogatoria del anterior, ni tampoco del legado establecido por su fallecido marido; todo lo cual implica la utilización de estas circunstancias para obtener la verdadera voluntad del testador, pero no supone la aplicación de la alegada doctrina de los «actos propios», como pretende el recurso que, en todo caso, lo sería en sentido contrario. A su vez, el motivo cuarto lo que denuncia es también violación del párrafo primero del artículo 737 del Código Civil, en el que se establece que «todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas», cuyo alcance no se comprende fácilmente, pues se quiere referir a la idea de que el sobreviviente (la madre, segunda testadora) no puede disponer libremente, revocando su decisión anterior, cuando la realidad ya acreditada es que lo discutido no sólo no revoca algo precedente, sino que verdaderamente lo confirma, que, por otra parte, no podría desconocer la eficacia del legado instituido por el marido, a tenor, según se dijo, de lo dispuesto en el artículo 861 del Código. Y, finalmente, en el motivo quinto lo denunciado es, igualmente por violación, el párrafo primero del artículo 739 del mismo Código y de la doctrina de este Tribunal Supremo, recogida en las sentencias que cita, precepto, según el que «el testamento anterior queda revocado de Derecho por el posterior perfecto, si el testador no expresa en éste su voluntad de que aquél subsista en todo

o en parte», siendo de recordar, una vez más, la compatibilidad entre los dos testamentos, al no mencionarse en el segundo la casa en litigio, que debe conectarse con los otros bienes de la testadora, así como la validez del legado del padre, que le concede el artículo 861 del Código, no impugnado, ni tan siquiera cuestionado por la propia testadora.

COMENTARIO.—Si, como dice el artículo 659 del Código Civil, «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte», ¿cómo es posible suceder en bienes que no pertenecían a la persona fallecida?

Por supuesto, esto no es posible en la sucesión intestada. Pero cuando la sucesión se defiere en virtud de testamento existe la posibilidad de que, en alguna forma, el testador pueda dejar a un sucesor bienes cuya propiedad no le pertenece en el momento de su muerte. Una de estas posibilidades las ofrece el legado de cosa ajena, que exige que la cosa, en principio, tampoco pertenezca al testador al tiempo de otorgar el testamento. Se trata del legado de una cosa o un bien cuya propiedad pertenece a persona distinta del testador, bien porque éste nunca tuvo su propiedad, bien porque habiéndola tenido la transmitió a otra persona, en el bien entendido que la cosa puede ser totalmente ajena o sólo pertenecer en parte a otra persona.

El origen de esta peculiar figura jurídica, que contradice el principio según el cual nadie puede disponer de aquello que no le pertenece, se encuentra en el Derecho romano, donde el *legatum rei aliende* surgió merced a una paulatina evolución y a la aproximación, en virtud de la misma, de los dos tipos fundamentales de legado, uno el llamado *legatum per vindicationem* (al que se asimiló el *legatum per praeceptionem*), que transmitía directamente la propiedad de la cosa legada del testador al legatario, y otro, el *legatum per damnationem* (al que se equiparó el *legatum sinendi modo*), en que no tenía lugar tal adquisición directa de la propiedad por el legatario, sino que éste ostentaba únicamente un derecho de crédito que podía hacer valer contra el heredero, dirigido a que éste le entregase la cosa legada transfiriéndole la propiedad de ella; de modo que el heredero, si aceptaba la herencia, quedaba obligado a entregar la cosa al legatario. Para evitar los posibles inconvenientes derivados del primer tipo de legados en los que, como su finalidad era la transmisión directa de la propiedad del testador al legatario, resultaba que el legado era nulo e ineficaz si el testador no era propietario de la cosa legada, pues nadie puede transmitir más de lo que tiene, se estableció, en virtud de sucesivas generalizaciones (Senadoconsulto Neroniano, Constituciones de Antonino Pío y de Justiniano) que todo legado, independientemente de la fórmula empleada al ordenarlo, originaba un derecho de crédito a favor del legatario y en contra del heredero, siendo así válido, aunque la cosa legada no fuese propiedad del testador, siempre que éste, al disponer el legado, supiese efectivamente y estuviese completamente cierto de que la cosa que legaba era de propiedad ajena, supuesto en el que el heredero venía obligado a adquirir la cosa legada (verbigracia: comprándola a quien fuera su dueño) para entregarla al legatario, y si esto no era posible, debía entregar al legatario la justa estimación de la cosa, esto es, su justo valor. En cambio, si el testador

al ordenar el legado creía que le pertenecía la cosa que legaba, este error viciaba la manda y el legado era nulo. En caso de duda acerca de la creencia del testador, se presumía por la ley que el testador creía ser dueño de la cosa al legarla, con la consecuencia de la nulidad del legado; lo cual es lógico, pues normalmente nadie dispone sino de aquello que le pertenece y el legado de cosa ajena es una figura excepcional, cuya interpretación, como figura establecida *contra tenorem rationis*, ha de ser restrictiva, sin presumirse su existencia; pero esta presunción favorable a la nulidad del legado no era absoluta, ya que se admitía la prueba hecha por el legatario demostrando que el testador sabía que la cosa legada era ajena, manteniéndose en tal caso la validez del legado.

Entre los textos romanos relativos a esta figura puede citarse un texto de Marciano en el *Digesto* (22, 3, 21), según el cual *non solum autem testatoris vel heredis res, sed et aliena legari potest: ita ut heres cogatur redimere eam praestare, vel, si non potest redimere, aestimationem eius dare... Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sociebat alienam rem esse, non et, si ignorabat; forsitan enim, si scisset alienam, non legasset. El ita vidus Pius rescripsit; et verius esse, ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere, ignorasse alienam; quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* («Pueden legarse no sólo las cosas del testador o del heredero, sino también las de otro, de modo que el heredero esté obligado a comprarlas y entregarlas al legatario, o bien a darle su valor, si no puede conseguir las... Lo que hemos dicho que puede legarse una cosa ajena, debe entenderse si el testador sabía esta circunstancia, y no si lo ignoraba, pues en este caso tal vez no la hubiera legado. Así lo estableció un rescripto de Antonino Pío, el cual decidió también que incumbía al demandante, esto es, al legatario, probar que el testador sabía que la cosa era ajena; y no al heredero probar que lo ignoraba; porque la carga de probar corre siempre a cargo del que demanda»). De modo que, según este texto, el legado de cosa ajena tenía sólo lugar cuando la cosa legada no pertenecía ni al testador ni al heredero.

Las legislaciones modernas no suelen admitir el legado de cosa ajena, mostrándose por lo general hostiles a esta figura. Así, el Código Civil francés establece que «cuando el testador lega una cosa ajena el legado es nulo, con independencia de que el testador sepa o no que la cosa es ajena» (art. 1.021). Pero en este punto el Código Napoleón no fue seguido por el proyecto español de 1851, cuyo artículo 679 aceptaba la solución romana, y que ha pasado sustancialmente a los actuales artículos 861 y 862, de los que resulta que la piedra de toque para determinar la validez o la nulidad del legado de cosa ajena es una circunstancia puramente subjetiva e interna: la certidumbre o certeza por parte del testador al tiempo de disponer el legado, esto es, al otorgar el testamento, acerca de la propiedad de la cosa legada; si el testador sabe en ese momento que la cosa legada es ajena, el legado es válido; si el testador ignora que la cosa legada es ajena, es decir, cree que es de su propiedad, el legado es nulo. La solución no ofrece dificultad cuando el testador, al otorgar su última voluntad, manifiesta en el mismo testamento quién es el dueño de la cosa legada (por ejemplo: «Lego a Z el piso X propiedad de Y») o bien emplea una fórmula expresa (vgr.: «Es mi voluntad que

valga el legado incluso en el caso de no pertenecerme la cosa legada»), pero suscita dificultades cuando el testador calla acerca del particular. Algunas legislaciones, como el antiguo Código sardo, exigían para la validez de este legado que el testador expresara en el mismo testamento que la cosa era propiedad de otro. Esta norma de prudencia es la seguida normalmente por los Notarios, quienes al redactar un testamento comienzan por preguntar al testador sus circunstancias personales y los bienes que le pertenecen (gananciales o privativos, si es casado o viudo, pues puede estar pendiente la liquidación de la sociedad conyugal), bien en su totalidad, bien en proindivisión con otras personas. A falta de tal especificación, nuestro Código opta, en principio, por la nulidad del legado, a menos que el legatario favorecido pruebe —y esta prueba parece que ha de ser *plena*, no siendo suficiente la mera prueba indiciaria o conjetural— que el testador sabía que la cosa legada no le pertenecía.

Es curioso que esta sentencia viene a decir que el testamento posterior de la madre instituyendo heredera universal (*sic*) —todo heredero, salvo el instituido en cosa cierta y aun respecto a éste hay opiniones diversas, es heredero universal, pues el carácter de tal no lo da el *quantum* de lo que se adquiere, sino el propio título de heredero— a su hija sin mencionar la finca legada en otro testamento anterior, no produce la revocación de éste en cuanto al inmueble legado; sino, que, a mayor abundamiento, entiende que el segundo testamento sólo revoca al anterior en lo que sean incompatibles («siendo de recordar, una vez más, la compatibilidad entre los dos testamentos, al no mencionarse en el segundo la casa en litigio..., así como la validez del legado del padre... no impugnado, ni tan siquiera cuestionado por la propia testadora», dice el último de los considerandos). Realmente parece que no es este el sentido en que tradicionalmente se venía entendiendo el alcance del artículo 739, párrafo 1.º, del Código Civil. Pero, en última instancia, el fundamento de la validez del legado no está tanto en el primer testamento de la madre o en la conservación de su eficacia en cuanto al legado no obstante el otorgamiento de otro testamento posterior por la misma testadora, sino en el respeto por ésta del legado hecho por su marido en el testamento de éste («... que respetó tanto la manifestación de bienes e inventario de la herencia del padre como el posterior testamento de la madre...», expresa el segundo considerando).

F. C. L.

FUNDACION TESTAMENTARIA (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1985).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declara haber lugar a la casación parcial —por falta de previos requisitos procesales— de la sentencia dictada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, revocatoria en parte de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santiago de Compostela, conforme a las siguientes consideraciones de las que se desprenden claramente las pretensiones de ambas partes.

Que por disposición testamentaria, carente de herederos forzosos, doña A. G. R. dispuso, el 7 de junio de 1909, crear una Institución Benéfica (asilo de ancianos de ambos sexos), denominada «Asilo de San Cástor y Santa Adelaida», dirigido por las Hermanas de los Pobres; designó patronos permanentes al Arzobispo de Santiago, al Alcalde y al Rector de la Universidad, sin más intervención del Estado que la que las leyes vigentes determinen, y en el remanente instituyó herederos a su sobrina y al esposo de ésta; tal fundación comenzó a funcionar, luego de constituida legalmente mediante la entrega de los bienes (casa y bosque) en escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad de Ordenes a favor de la nueva persona jurídica así creada, siendo clasificada como de Beneficencia particular por Real Orden de 17 de julio de 1917.

Que con el alegato de que la fundación había dejado de funcionar y desaparecido el asilo (aunque según la sentencia de instancia parece que se explota por el Arzobispado la madera de la finca), los causahabientes —a través de varias delaciones hereditarias— de la fundadora demandan al patronato indicado para que se declare la extinción de la entidad creada y los bienes, por reversión, vuelvan a dichos demandantes, compareciendo sólo en el juicio el patrono Alcalde de la ciudad de Santiago, pretensión que fue rechazada en ambas instancias, en la primera con la plena absolución de los patronos demandados y fundamento de que no existía cláusula de reversión a favor de los herederos ni legado modal alguno, pues que la fundación nació por disposición directa de la testadora, y los herederos son sólo del remanente, y en la segunda sentencia admitiéndose sólo la parte de la demanda en la que se solicitaba que se declarase que la fundación estaba extinguida y sin efecto por incumplimiento de sus fines, como así se dice en el fallo, que es lo que ahora se recurre por la fundación por medio de su patrono, en tanto que los herederos demandantes, que también recurren, dirigen su casación a obtener la reforma de la sentencia de instancia en el sentido de accederse a la entrega de los bienes a los mismos.

Que, dada la naturaleza procesal y de orden público del alegato contenido en el primer motivo del recurso formalizado por el Patronato de la Fundación, es decir, el de la excepción de existencia de litis consorcio necesario no apreciado por la sentencia de instancia (que según doctrina de esta Sala procede hacerse de oficio), por no haberse llamado a juicio y traído al proceso al Protectorado de la Fundación, integrado en la Administración del Estado, es procedente tratar ese tema en primer lugar, en cuanto su estimación o rechazo es obviamente determinante de la posibilidad de entrar en el conocimiento del fondo del litigio, cuya validez depende de que en él se oiga a quien o quienes pueda afectar el fallo que recaiga, según hoy es norma constitucional incluso (art. 24 Constitución Española).

Que presupuesto que las fundaciones para ser tales han de perseguir «fines de interés general», según manda hoy el artículo 34 de la Constitución, ello no obsta para que su nacimiento (creación) como persona jurídica venga determinado por la voluntad o acto fundacional (normalmente testamentario), sin necesidad de acto administrativo previo, con personalidad jurídica desde el momento de su constitución (y así lo decía ya el artículo 9.º del Real Decreto de 27 de diciembre de 1912, sobre funda-

ciones benéfico-docentes y corroboró la Sentencia de 7 de abril de 1920), lo que a su vez no impide, o más bien oblige, a que precisamente por la defensa de ese interés tenga la Administración del Estado la pertinente y oportuna participación en la gestión, vigilancia y cumplimiento de los fines fundacionales, comenzando por la clasificación administrativa de la fundación (hecho en el caso de autos por la Real Orden de 17 de julio de 1917) y ejerciendo el protectorado de las mismas, a tenor de los artículos 1.º del Real Decreto de 14 de marzo de 1899 sobre fundaciones de beneficencia mixta, y 1.º y 7.º de la subsiguiente instrucción para el ejercicio del protectorado, complementados por los 64 y 67 de la misma, que en concreto vienen a establecer que corresponde al protectorado estatal «autorizar a los representantes legítimos de las fundaciones para defender los derechos de éstas ante los Tribunales de Justicia» (art. 7.º, 4.º, de la Instrucción de 1889), autorización que «no se concederá sino cuando estuvieren agotados todos los procedimientos y recursos administrativos» (artículo 64, *idem*) y que «se necesitará expediente del Ministro de la Gobernación para (entre otras cosas) transigir en un litigio que afecta a la Beneficencia» (art. 67, *idem*), normas todas ellas que obligan o bien a demandar conjuntamente al protectorado o bien a cumplir los requisitos previos indicados para entablar la demanda judicial contra la fundación, ya que ésta, según se declaró en Sentencia de esta Sala de 2 de abril de 1956, dictada en caso de beneficencia particular, sin la autorización del protectorado, carece de capacidad procesal para su defensa en juicio.

Que aún cuando en la estricta literalidad del concepto de litis consorcio pudiera discutirse su existencia, tal como se expone en el motivo estudiado, así obstaría también a la validez procesal de la acción entablada el incumplimiento de la previa reclamación a la que se alude en el motivo segundo del mismo recurso, no sólo por los preceptos que en él se citan como infringidos (arts. 533, 7.º, y 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 139 a 142 de la Ley de Procedimiento Administrativo), sino por obediencia al artículo 64 de la Instrucción citada de 1889, por lo que, en definitiva, es obvia la necesidad de casar la sentencia impugnada en la parte dicha de su fallo, es decir, a declarar extinguida la fundación por falta de medios e incumplimiento de sus fines, por ser declaración hecha sin la audiencia de quien a ello tiene derecho, es decir, a ser oída al respecto.

F. C. L.

VI. PROCESAL

POR RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ

HONORARIOS DEVENGADOS POR PERITO INFORMANTE EN UN PLEITO. CARACTER DE LA OBLIGACION DE PAGO. LITISPENDENCIA (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1985).

Hechos.—Se trataba de la demanda entablada por un arquitecto técnico, que habiendo emitido informe en un pleito, en virtud de nombra-

miento por insaculación, reclamaba sus honorarios al demandado, que había propuesto la prueba pericial en el juicio correspondiente.

El Juzgado y la Audiencia estimaron la demanda.

El demandado formuló recurso de casación invocando, fundamentalmente, las alegaciones de exceso de jurisdicción, con presunta infracción del artículo 423 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la excepción de litispendencia, por existir otro procedimiento judicial pendiente cuya resolución había de afectar al pleito de autos.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. Ponente: don Rafael Pérez Gimeno.

Doctrina de la Sala.—Estos son los pronunciamientos de la Sala, en cada uno de los extremos mentados.

Los anteriores razonamientos conducen a la desestimación de los tres motivos del recurso, pues: a) el primero de ellos, amparado en el ordinal 6.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil y en el que se denuncia la inadecuación del procedimiento de menor cuantía autorizado para obtener el pago de unos honorarios periciales devengados en un proceso anterior, decae, tan pronto se tenga en cuenta que si, abstracción hecha de que haya o no condena en costas, la relación del Abogado, Procurador o Perito que intervienen en el pleito lo es con la parte que lo designa o a cuya instancia es designado y no con la parte contraria, es indudable que, con independencia del procedimiento privilegiado que en determinados supuestos se les concede para obtener el cobro de sus honorarios, siempre pueden acudir al proceso declarativo que corresponda para conseguir la satisfacción de sus pretensiones pecuniarias, por lo que no puede afirmarse que en el presente caso haya inadecuación de procedimiento; b) el segundo motivo, con el mismo apoyo procesal y en el que se acusa el exceso de jurisdicción al conocer de un asunto cuando estaba pendiente el proceso de mayor cuantía en el que se emitió el dictamen pericial, debe igualmente rechazarse, dado que tales honorarios, cuyo devengo se produce con la emisión del correspondiente informe, nada tiene que ver con el resultado del pleito, sin perjuicio, claro de que, si se produce una condena en costas, la parte vencedora, a cuya instancia se produjeron y directamente obligada con el perito, pueda incluirlos en la tasación de costas al objeto de que sean satisfechos por la parte condenada, bien voluntariamente, bien por la vía de apremio tras la correspondiente aprobación judicial, sin que, por otra parte, pueda hablarse seriamente de litis pendencia al exigir esta excepción la existencia de dos o más relaciones procesales sobre un mismo objeto, con la finalidad de evitar fallos contradictorios, y tratarse en el caso de litis del pago de unos honorarios que ninguna relación guardan con las pretensiones actuadas en el anterior juicio de mayor cuantía.

R. DE A. Y.

SIGNIFICADO DE LA ADHESION A LA APELACION. EFECTOS DE LA MISMA (SENTENCIA DE 18 DE MARZO DE 1985).

Hechos.—La sociedad «G. E. E.» demandó a don E. C. C. y a la sociedad «C.», S. A., el importe de ciertos aparatos clínicos.

El Juzgado estimó la demanda en cuanto presentada contra «C.», S. A., pero la desestimó en cuanto a don E. C. C.

Apelada la sentencia por la actora y la sociedad demandada, la Audiencia la revocó, condenando al pago a don E. C. C., absolviendo a la sociedad condenada en primera instancia.

Formulado recurso de casación por don E. C. C., el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo.

Doctrina de la Sala.—Interesa únicamente la doctrina de la Sala sobre el motivo de casación que se refería a la violación de la doctrina legal relativa a la *reformatio in peius*. El Tribunal dice:

Considerando que el motivo no puede ser estimado, en cuanto en él se confunden dos aspectos perfectamente diferenciados en el ámbito de la segunda instancia; el contemplado en el artículo que se cita en el mismo, esto es, el 840 de la Ley Procesal; y el artículo 858, silenciado por completo cuando en realidad es fundamental, toda vez que: A) «G. E. E.», S. A., se adhiere a la apelación en forma, esto es, al amparo de lo dispuesto en el artículo 858 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y cumpliendo lo dispuesto a tales efectos por la doctrina de esta Sala, o sea, señalando el ámbito de su adhesión que fijó en el correspondiente escrito y se refería a los particulares relativos a la absolución del recurrente en Primera Instancia y a la no imposición de las costas. B) La adhesión a la apelación, se configura en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil como un recurso de apelación autónomo, bien que subordinado, en cuanto al tiempo, consiguientemente, el que se adhiere al recurso se convierte en verdadero apelante en cuanto a los aspectos que han sido objeto de la adhesión (Sentencia de 8 de abril de 1888 y argumentalmente la de 30 de noviembre de 1964). C) El artículo 858 de la Ley Rituaria, ni condiciona ni limita el alcance y efectos de la adhesión, como aparece claramente del párrafo «sobre los puntos en que crea le es perjudicial la sentencia», sin excluir a ninguno de ellos, teniendo, en consecuencia, la Sala de Apelación plenas facultades para el estudio y tratamiento de los temas señalados en el pertinente escrito de adhesión (Sentencias de 16 de febrero de 1920, 25 de febrero de 1944, 22 de junio de 1948, 30 de junio de 1958, 30 de noviembre de 1964 y 20 de noviembre de 1976).

Considerando que la última motivación acusa violación de la doctrina relativa a la *reformatio in peius* contenida en las resoluciones que cita, toda vez que, según quien impugne, «G. E. E.», S. A., que recurrió juntamente con «C. E. B. E. N. C.», S. A., la sentencia de primera instancia, no se personó ante la Audiencia Territorial dentro del término del emplazamiento, por lo cual y de acuerdo con lo prevenido en el artículo 848

de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al quedar desierto el recurso, se produce respecto de los temas no impugnados la excepción de cosa juzgada, lo que se contradice en la sentencia combatida.

R. DE A. Y.

SIMULACION DE CONTRATO: PRESCRIPCION DE LA ACCION PARA EJERCITARLA. REFORMATIO IN PEIUS EN CUANTO A LAS COSTAS IMPUESTAS EN PRIMERA INSTANCIA (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1985).

Hechos.—La actora había formulado demanda contra su esposo, alegando la simulación que había concurrido en las ventas que el esposo había llevado a cabo, sobre unas fincas, en favor de una tía de este último; venta en la que se había alegado expresamente el carácter ganancial de los bienes y para cuya celebración había aportado el marido un poder obtenido de su esposa para la celebración de los actos, necesario en virtud del artículo 1.413 del Código Civil entonces en vigor.

El Juzgado estimó íntegramente la demanda, sin expresa imposición de costas.

La Audiencia confirmó la Sentencia del Juzgado, imponiendo las costas de las dos instancias al marido apelante.

Se interpuso por el esposo recurso de casación, centrado, en lo que, importa, en dos motivos: la prescripción de la acción en cuanto a una de las ventas y la *reformatio in peius*, puesto que la Audiencia le había impuesto las costas de primera instancia, siendo así que la actora no se había adherido al recurso ante la Audiencia.

La Sala declara haber lugar al recurso sólo en cuanto a este segundo extremo. Ponente: don Mariano Martín-Granizo Fernández.

Doctrina de la Sala.—A continuación transcribimos los razonamientos de la Sala en cuanto a los dos puntos examinados, de doctrina que estimamos impecable y que no requiere comentario alguno.

Considerando que en adecuada consonancia con el resultado probatorio que se acaba de referir y en perfecta congruencia con lo que se pidió en la demanda, las dos sentencias de instancia son contestes en decretar la nulidad de los tres actos jurídicos, dos de venta y uno de declaración de obra nueva que constituyeron el objeto fundamental del debate habido, conclusión sancionadora que el recurso impugna, en el motivo primero, con amparo en el número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, denunciando violación por no aplicar el artículo 1.301, párrafos 2.º y 4.º, en relación con el 1.961, ambos del Código Civil, sosteniendo que de acuerdo con el primero, «la acción de nulidad durará cuatro años», que en los casos de «falsedad de la causa» «empezará a correr desde la consumación del contrato» y que, como quiera que las acciones prescriben por el mero lapso de tiempo, la que aquí se ejercita estaba prescrita en 1978, que es cuando se presentó la demanda; motivación que tampoco puede ser acogida, porque la nulidad solicitada por la demandante, a la que acceden las dos sentencias de instancia, no es la simplemente relativa, consiguiente a la existencia en el acto

que se impugne, de alguno de los vicios del artículo 1.265 del Código Civil, o de falsedad de la causa del artículo 1.276, referido al caso de simulación relativa o disimulación que permite la prueba de otra verdadera y lícita que se oculta o disimula; supuestos, llamados de nulidad, en la errónea terminología de nuestra ley que, propiamente, son de «impugnabilidad» o anulabilidad, susceptibles de la confirmación o sanación del artículo 1.310 y con el límite temporal impugnatorio de los cuatro años del 1.301. Por el contrario, aquí se trata de la nulidad propiamente dicha, absoluta o de pleno derecho, que tiene lugar cuando el acto es contrario a las normas imperativas y a las prohibitivas (art. 6, 3, del Código Civil) o cuando no tiene existencia por carecer de alguno de sus elementos esenciales, como sucede en el caso del contrato, pues según el artículo 1.261 *no existe* («*no hay contrato*») si falta el consentimiento, el objeto o *la causa*; y al faltar aquí esta última, la consecuencia ineludible es la del artículo 1.275, a cuyo tenor, «los contratos *sin causa... no producen efecto alguno*», estando, consiguientemente, al margen de posibilidad sanatoria y de todo plazo prescriptivo, justo por ser la expresión del *nada jurídico*, que siempre y en todo momento puede ser alegado.

Considerando que el motivo cuarto impugna el pronunciamiento relativo a la condena en costas y se invoca como subsidiario del tercero, para el caso de que violación en éste denunciada por el cauce del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal debiera serlo por la vía del número 3.º del referido precepto, motivo este cuya razón de ser se centra en que la sentencia recurrida otorga más de lo pedido, ya que el apelado y hoy recurrido no se adhirió a la apelación en su momento oportuno, sino que se limitó a interesar la confirmación de la sentencia impugnada. La motivación debe prevalecer, en cuanto en lo que a este respecto se refiere la resolución impugnada, al condenar al hoy recurrente en las costas causadas en primera instancia no obstante no haberle sido impuestas, supone infringir el principio de la *reformatio in peius*, ya que si bien es cierto que la hoy recurrida y en su momento actora en el trámite de vista de la apelación se adhirió a la misma pidiendo concretamente la condena en costas de la parte contraria, no lo es menos que el artículo 858 de la Ley Procesal establece que en el escrito de instrucción, en la segunda instancia, podrá el apelado «adherirse a la apelación sobre los puntos en que crea le es perjudicial la sentencia», y se agrega «ni antes ni después podrá utilizar este recurso».

Considerando que es, por tanto, evidente la intrascendencia y subsiguiente improcedencia de la alegación que *in voce* hizo en el acto de la vista de apelación la parte recurrida (Sentencias de 23 de junio de 1948 y 9 de diciembre de 1954), y de ahí que el hecho de haber condenado la resolución impugnada al abono de las costas causadas en primera instancia al hoy recurrente, sin que tal pronunciamiento se hubiera hecho en la misma ni el apelado se adhirió a la apelación en la forma prevenida por el citado precepto de la Ley Rituaria, dan lugar a que el referido pronunciamiento de la sentencia recurrida incida en la infracción de la *reformatio in peius* y motive la estimación del motivo.

R. DE A. Y.

CLAUSULA PENAL Y AUTONOMIA PRIVADA. RELACION CON LA LEY DE USURA (SENTENCIA DE 19 DE FEBRERO DE 1985).

Hechos.—Los actores, copropietarios de un edificio, ofrecieron la parcial ocupación gratuita de la primera planta al Ayuntamiento de C., a fin de que sirviera al destino provisional de instalación de la plaza de abastos, cesión precaria a la que se fijó la duración máxima de año y medio. Extinguido el plazo en cuestión, la Corporación demandada no desocupó la planta cedida hasta el 29 de diciembre de 1976, es decir, con demora de 2.039 días. Por ello, los demandantes reclamaban la suma de 10.340.000 pesetas, atendida la penalización convenida por cada día de retraso, cifrada en 5.000 pesetas.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda, condenando al Ayuntamiento al pago de 2.500.000 pesetas, más el interés legal desde la fecha de la firmeza de la sentencia.

Apelada ésta por el Ayuntamiento, la Audiencia la revocó parcialmente y, estimando también en parte la demanda, condenó al apelante a satisfacer a los actores la suma de 10.195.000 pesetas.

El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación formulado por la Corporación demandada. Ponente: don Jaime de Castro García.

Doctrina de la Sala.—La recurrente había invocado, fundamentalmente, la Ley de usura de 23 de julio de 1908, por entender que la cláusula penal entrañaba una operación «sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero». Se alegaba también la pertinencia de moderar la pena por criterios de equidad, así como la fuerza mayor en que había consistido el retraso en la contratación de la obra pública precisa para dar por terminada la ocupación del local. Esta última alegación no constituyó motivo de casación, pero la Sala la menciona a pesar de todo.

Reproducimos los razonamientos de interés de esta documentada sentencia.

Considerando que contra tal pronunciamiento se alza el motivo primero del recurso, amparado en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denunciando la infracción por no aplicación del artículo 1.255 del Código Civil «en cuanto prohíbe que los contratantes establezcan pactos, cláusulas y condiciones contrarios a las leyes, del artículo 1.275, en cuanto declara nulos y sin efecto alguno los contratos cuya causa se opone a las leyes, y de los artículos 1, 2, 8 y 9 de la Ley de 23 de julio de 1908, conocida por la «Ley de usura», alegando a tal efecto que la cláusula penal contenida en el apartado *b)* del escrito aceptado por la Corporación («por cada día de retraso, a partir de la fecha indicada, el Ayuntamiento nos abonará como penalización la cantidad de 5.000 pesetas») entraña una operación «sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero», que atendido el valor en renta del edificio debe ser calificada de usuraria; impugnación que no puede prevalecer, por las siguientes razones: Primera: La pena convencional, con su función coercitiva o de garantía y punitiva ya recordadas por el Derecho histórico («penas ponen los omes a las vegadas en las promisiones que fazen, porque sean más fir-

mes o mejor guardadas», en gráfica expresión de la Ley 34, título II, Partida quinta), a las que en el caso debatido se une la liquidatoria de los daños y perjuicios por incumplimiento, puede constituir, en efecto, una obligación accesoria incorporada a la principal para formar en conjunto una operación de préstamo usurario o leonino, pero es claro que este punto deberá ser investigado atendiendo a las circunstancias del caso en cuanto son reveladoras del fin perseguido y de la auténtica voluntad de las partes, y no se oculta que por mucha que sea la amplitud con que se actúe en la aplicación de la norma del artículo 9.º de la Ley de 23 de julio de 1908 siempre será menester que el contrato básico verse o conlleve un desplazamiento de numerario, como ya había previsto la legislación alfonsina («mas si la pena fuese puesta *sobre quantía cierta que prometiesse alguno de dar*, si aquel que recibe la promisión es ome que aya usado de recibir usura, entonce non es tenuto de pechar la pena el que fizo la promisión, maguer non lo cumpla al plazo»: Ley 40, título II, Partida quinta) y lo resaltó el más autorizado comentarista del Proyecto de 1851, según el cual «cuando la obligación sea de *cantidad determinada* es imposible escapar a la tasa (de intereses) del artículo 1.650», que es prohibitorio, y no puede ser eludido por medios indirectos, como también lo corroboran las peculiaridades de la situación resuelta por la Sentencia de 5 de noviembre de 1955, citada por el recurrente en apoyo de su tesis. Segunda: Es manifiesto que ninguna relación guarda con las disposiciones de la Ley especial aludida la cesión gratuita de vastos locales durante dieciocho meses, por más que se incorpore una promesa accesoria para la hipótesis de incumplimiento, «puesta a placer de amas las partes», consistente en el pago de una cantidad diaria por la injusta retención y en cifra que tampoco podría tenerse por exorbitante atendida la superficie del inmueble y su destino; a todo lo cual cabe añadir que según destaca la resolución combatida, la petición reconventional instando «la nulidad por usurario del convenio litigioso, es firme en razón del aquietamiento del Ayuntamiento con el pronunciamiento desestimatorio que el fallo (del primer grado) en tal sentido recoge». Tercera: El principio de la autonomía de la voluntad en la esfera de la contratación, manifestado en la fuerza obligatoria de lo pactado (*lex privata*) con vinculación de los declarantes, que habrán de ajustar su conducta a la reglamentación libremente convenida, cierto que no será aplicable si los pactos están teñidos de ilegalidad o son reprobados por la moral, según preceptúa el artículo 1.255 del Código sustantivo, máculas que no pueden ser reprochadas a la cláusula penal de que se trata, pues no se halla incurso en la Ley de Usura ni es cláusula contraria a las pautas de moralidad, ya que no cabe desconocer, como indica el Tribunal *a quo* con recto juicio, el reiterado incumplimiento imputable al Ayuntamiento de C., al que tampoco es permitido escularse en el caso fortuito, dado que ninguna relación guarda con el *casus* «la mayor o menor dificultad que provoque la dilación en la contratación de una obra pública, circunstancia no sólo previsible sino normal y de obligada previsión, por ser lo ordinario, para el técnico o administrador de toda Corporación local». Cuarta: La cuantía mayor o menor de la *stipulatio poenae* es de todo punto ajena al problema de la posible ilicitud de la causa, determinante de la radical nulidad del negocio con arreglo al artículo 1.275, cuando es pa-

tente que la obligación principal (devolución de la finca en el plazo pactado), cuyo cumplimiento se refuerza con la amenaza de ejecutar la obligación accesorio, carece de cualquier vicio invalidante.

Considerando que descartada por los mismos fundamentos la viabilidad del motivo segundo del recurso, que acusa violación por no aplicación de los artículos 1.255 y 1.275 del Código Civil, igual suerte adversa ha de correr el motivo tercero, basado en la inaplicación del artículo 1.154 del propio Código; pues firme en casación el aserto de que hubo por parte de la Entidad local un grave y reiterado incumplimiento, ha de operar la cláusula penal en todo su alcance y efectos, sin que sea permitido moderarla por criterio de equidad, pues la modificación es improcedente si el deudor incurrió de modo total en la irregularidad sancionada con la pena, respecto de la cual es irrelevante la alegación de que resulta desproporcionada o abusiva, según ya advirtió esta Sala en Sentencia de 13 de julio de 1984.

R. DE A. Y.