

II. Sentencias del Tribunal Supremo

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. PARTE GENERAL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PRELACION DE CREDITOS ATENDIENDO A LA FECHA MAS ANTIGUA DE FIRMEZA DE UNA Y OTRA SENTENCIA DE REMATE. NO DEBE HABER INTERFERENCIA ENTRE LOS DOS ORDENES DE PREFERENCIA DEL NUMERO TERCERO DEL ARTICULO 1924 DEL CODIGO CIVIL, QUE SON LOS DE LA FECHA DE LAS RESPECTIVAS ESCRITURAS O DE LAS RESPECTIVAS SENTENCIAS, SINO APLICARSE UNO U OTRO ORDEN, SEGUN LOS CASOS (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1978).

Hechos.—El Banco Español de Crédito, S. A., formuló demanda contra don Luis D. Moya y don Santiago L. Muñoz sobre tercería de mejor derecho, estableciendo, en síntesis, que había seguido juicio ejecutivo contra don Santiago L. Muñoz con base en una póliza de crédito intervenida por Corredor de Comercio, obteniendo a su favor sentencia de remate el 4 de mayo de 1974; que el otro demandado, don Luis D. Moya, obtuvo en su día ejecución contra el mismo don Santiago, entendiéndose el actor que su título y sentencia de remate dan lugar a una preferencia para el cobro respecto al otro acreedor, que obtuvo sentencia de remate en fecha posterior.

Contesta a la demanda don Luis D. Moya, alegando que sirvieron de base a la ejecución entablada por él en su día unas letras de cambio debidamente protestadas y que la sentencia de remate a su favor obtuvo firmeza con anterioridad a la firmeza de la otra sentencia de remate en que se ampara el actor.

El Juez de Primera Instancia de Aracena desestimó la demanda, siendo confirmada esta sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, por interpretación errónea del número tres del artículo 1.924 del Código Civil, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que son bases de hecho suministradas por la instancia, fundamentales para decidir este recurso, las siguientes: Primera. Que la pretensión del tercerista se fundamenta, según la demanda inicial de la tercería, en dos títulos de su crédito que en su sentir le otorgan la preferencia, cuales son: A) La sentencia de remate dictada a su favor en el procedimiento ejecutivo seguido a su instancia en el Juzgado de Aracena, bajo el número 32 de 1974, que lleva fecha de 4 de mayo de 1974 y que no ganó firmeza hasta el día 6 de julio de 1974, aunque en la demanda se considere que es otra la fecha de su firmeza. B) El título que sirvió de base a la ejecución que es una póliza de crédito y préstamo, intervenida por Corredor de Comercio, suscrita solidariamente por el deudor común y por su esposa, el 6 de febrero de 1974, con vencimiento el 5 de agosto siguiente; plazo que el Banco, conforme al número sexto de su articulado, de forma unilateral, acortó al día 6 de abril del mismo año. Segunda: Que el título del acreedor ejecutante, contra el que se dirige la tercería, está constituido: A) Por la sentencia de remate dictada por el Juzgado de Aracena en el juicio ejecutivo número 41 de 1974, dictada en rebeldía del deudor el 10 de junio de 1974, que ganó firmeza el 3 de julio de igual año. B) El título que sirvió de base a su ejecución fueron seis letras de cambio protestadas ante Notario, siendo la fecha del primer protesto la del 3 de abril de 1974 y el 16 de igual mes y año las restantes. Tercera: Este crédito del recurrido ha sido declarado preferente en ambas instancias.»

«Considerando que en el único motivo del recurso, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega la interpretación errónea llevada a cabo por la instancia, del artículo 1.924, párrafo tercero, del Código Civil, que establecía el orden de prelación para los créditos que no gocen de privilegio especial, como son, sin duda, los implicados en esta tercería y para los que establece dos órdenes de preferencia: el grupo A, formado por los que consten en escritura pública, y el grupo B, formado por los que consten por sentencia firme *si hubieren sido objeto de litigios*; agregando en el segundo párrafo: 'estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias'; indudablemente, el párrafo tercero del artículo 1.924 del Código Civil establece dos clases de preferencias, excluyentes entre sí: uno, el de las escrituras en que consten los créditos, otro el de las sentencias, en el caso de que existan éstas *en cuanto a cada uno* de los créditos interesados en la tercería; y la prueba de la exclusión, sin posibilidad de interferencia de uno y otro orden, en el caso de que existan dos documentos ejecutivos (lo que siempre ha de ocurrir) y dos sentencias de remate (lo que no siempre ocurrirá), es la frase consignada en el último párrafo del artículo documentado: el cual, después de separar los dos grupos de crédito, el A y el B, agrega en el último párrafo: 'tendrán preferencia, *entre sí*, por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias'; la letra de la ley es contraria a la interferencia de estos dos órdenes; la aplicación de uno o de otro depende del comportamiento del tercerista antes de lanzarse a la tercería; para que ésta se plantee, siempre ha de existir al menos

un ejecutivo en marcha; pero puede darse el caso, como el presente, en el que cuando la tercería se plantea, no sólo existen dos ejecutivos en marcha, sino que ésta se plantea cuando ya, en cada uno de ellos, se ha dictado sentencia de remate; cuando el tercerista inicia la tercería exhibiendo sólo la preferencia de su título, escritura contra la del ejecutante que se anticipó a entablar el ejecutivo, tendrá que acogerse al grupo A de los enunciados y será el Juez el que valore, en la tercería, la preferencia entre dichos títulos, sea cual sea el trámite en que el ejecutivo comenzado se encuentre; es la hipótesis a que alude clarísimamente la sentencia de esta Sala de 16 de abril de 1955 y otras muchas alusivas a casos en los que no se planteó el juicio ejecutivo por ambas partes con antelación a la tercería. Si ello hubiera sucedido, en el presente caso, se daría la circunstancia de que también sería preferente el crédito del ejecutante al del tercerista, conforme a la doctrina sentada por la sentencia, antes citada, de 16 de abril de 1955; porque la primera letra protestada del ejecutante demandado lo fue en fecha 3 de abril de 1974, tres días antes que el tercerista diera por vencida unilateralmente la póliza suscrita por sus ejecutados el 6 de abril de igual año; pero cuando el tercerista, con anterioridad a promover la tercería, se lanzó a iniciar un ejecutivo para hacer efectivo su crédito y cuando en él se ha pronunciado sentencia de remate y plantea la tercería contra otro ejecutivo también en marcha, en el que también se ha pronunciado remate, como dice la sentencia de 13 de junio de 1958, 'desde el momento en que la reclamación tuvo que plantearse judicialmente para su efectividad haciéndose litigioso, su certeza no deviene notoria, en especial, respecto a tercero'... 'hasta la firmeza de la sentencia, y en tal caso, precisamente por su condición *de litigiosa*, determina el apartado B del párrafo tercero del artículo 1.924 del Código Civil la preferencia para el cobro por el orden riguroso de las fechas de las sentencias, en el párrafo último del mismo artículo'; y que el crédito se convierte en litigioso desde el momento en que se plantea el ejecutivo, es indudable, pues dentro de él hay que dar la oportunidad de oposición al deudor, según los artículos 1.459 y 1.460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; e idéntico criterio mantienen las sentencias de esta Sala de 16 de octubre de 1956 y la más reciente de 3 de noviembre de 1971; en cuanto a esta última, es cierto que se dice que se modificó en el ejecutivo la cuantía de la cantidad reclamada por el tercerista ejecutante; pero ése no es argumento para alegar que el precedente no es aplicable al caso de autos; lo accesorio es que se modificara o se mantuviera la integridad del crédito; lo esencial es que pudo ser modificado, luego sometido el crédito en su integridad en el ejecutivo al control judicial, ya no es firme en su existencia y cuantía hasta que el Juez dicta su sentencia a cuya fecha hay que atenerse para decidir sobre preferencia, en relación con la que se dictare en el otro ejecutivo concurrente.»

«Considerando que en el caso de autos la sentencia del tercerista, que se acompaña con su demanda, fue dictada, en efecto, en fecha 4 de mayo de 1974, y es auténtica la diligencia de notificación a uno de los suscriptores de la póliza, pero se incurre en el error de creer que la sentencia ganó firmeza a partir de dicha notificación, el día 13 del mismo mes, sin caer en la cuenta de que había otra suscriptora de la póliza, demandada en el ejecutivo promovido por el Banco al que, al estar rebelde, hubo de notificarse la resolución por el *Boletín Oficial*; lo que no se realizó hasta el

día 28 de junio siguiente, por lo que dicha sentencia de remate no ganó firmeza hasta el día 6 de julio, cuando ya la había ganado el día 3 del mismo mes la del demandado en la tercería, que es a quien por dicha razón confiere la preferencia en sentencia de instancia, que ha de ser confirmada, desestimando el recurso.»

COMENTARIO.—Esta sentencia contiene una doble doctrina acerca del número 3.º del artículo 1.924 del Código Civil, respecto a la cual no podemos pronunciarnos de modo favorable.

Por un lado, en relación con la preferencia de los créditos que consten por sentencia firme, que contempla el apartado B) del citado número 3.º del 1.924, dice el Tribunal Supremo que lo que interesa, a efectos de prelación, no es la fecha de la respectiva sentencia, sino la fecha de firmeza de la misma. Por nuestra parte, entendemos que esta interpretación va contra la letra y contra la *ratio* del repetido precepto. Va contra sus términos literales, pues en el último párrafo se alude a «las fechas de las sentencias», no a «las fechas de firmeza de las sentencias». Y es que una cosa es que se exija que la sentencia sea firme y otra que se tome como fecha de prelación la de la firmeza de la sentencia, en lugar de la de la propia sentencia que después quedó firme. Además, el fundamento de la preferencia del crédito que conste en sentencia firme es la solemnidad que revela el reconocimiento del crédito en la sentencia, y a efectos de esta solemnidad, lo principal es la fecha de la sentencia, no la de la firmeza. La fecha de la firmeza no debe interpretarse como requisito de prelación en sí, sino como un problema meramente procesal, cuya exigencia evita que pueda mantenerse la preferencia si la sentencia es anulada. En definitiva, nuestra interpretación del apartado B) del número 3.º del artículo 1.924 del Código Civil es la siguiente: la sentencia en que conste el crédito ha de ser firme, pues así lo dice el expresado apartado B); pero la fecha de preferencia, una vez obtenida la firmeza, es la fecha de la sentencia, pues así lo dice también el último párrafo del artículo 1.924.

Respecto a la otra cuestión que contempla la presente sentencia, se trata de decidir si constando un crédito no sólo en escritura pública, sino también en sentencia, al haber sido objeto de litigio, ha de estarse a la fecha de la escritura o a la de la sentencia, a la hora de resolver la preferencia entre él y otro crédito que consta únicamente en sentencia firme anterior a la firmeza de la sentencia de aquél, pero posterior a la escritura pública.

El Tribunal Supremo interpreta el número 3.º del artículo 1.924 en el sentido de que los dos supuestos, A) y B), de dicho número no se interfieren, sino que el uno excluye al otro. La sentencia se basa en que en el último párrafo se dice que «estos créditos tendrán preferencia *entre sí*», lo que, según ella, excluye toda interferencia de esos dos órdenes, con la consecuencia de que si ambos créditos han sido objeto de litigio y se ha producido la correspondiente sentencia de remate de uno y otro, la prelación ha de plantearse entre ambas sentencias. En nuestra opinión, la expresión «entre sí» nada significa a estos efectos, pues de igual modo puede referirse a «entre los créditos que consten en escrituras y sentencias de modo indistinto» como a «entre los créditos de los apartados A) o B) por separado». Además, si uno de los créditos consta en escritura pública y el otro en sentencia firme, resulta que sí hay interferencia entre

los dos órdenes necesariamente, pues entonces se plantea claramente un problema de preferencia entre un crédito del grupo A) y otro del grupo B) (entre sí). ¿Por qué, si además de constar en escritura pública consta también reconocido en sentencia de remate, ha de perder el efecto de prelación que le proporciona la fecha de la escritura? Como la contestación positiva es absurda, nos inclinamos hacia la solución contraria a la de esta sentencia, pues en otro caso resultaría que la eficacia de la escritura pública podría quedar relegada incluso cuando existiera una sentencia de remate que confirmara el crédito documentado en dicha escritura. La presente sentencia apunta el siguiente argumento: una vez que se sigue el litigio, el valor del título desaparece, pues al interponerse demanda, lo esencial es pensar que la cuantía del crédito puede ser modificada y ya no es firme en su existencia y cuantía hasta que el Juez dicte la sentencia. Pero este argumento no es convincente, pues también podría decirse que cabe la posibilidad de que el crédito resultante de la escritura pública haya sido confirmado y mantenido por la sentencia. Además, al instar la demanda, el actor pretende que se confirme lo que consta en su escritura pública, no que se modifique, y si se siguiera la idea del Tribunal Supremo, sería perjudicial para el actor instar el litigio, pues quedaría sin efecto prelativo el título en que el actor se apoya. Lo lógico es interpretar que, cuando un crédito conste al mismo tiempo en escritura pública y en sentencia firme, el acreedor puede utilizar cualquiera de los dos órdenes de preferencia que señala el número 3.º del artículo 1.924, pues cuenta con dos documentos que apoyan su preferencia.

Es como si, por el hecho de haberse inscrito una escritura de hipoteca en garantía de un crédito reconocido en dicha escritura, se dijera que el crédito pierde la condición de escriturario y se convierte en hipotecario exclusivamente. Nosotros entendemos que en este caso el crédito es a la vez escriturario e hipotecario y el acreedor puede utilizar los dos privilegios según le convenga, pues son yuxtapuestos y no excluyentes.

PRELACION DE LA HACIENDA PUBLICA POR CREDITOS TRIBUTARIOS VENCIDOS Y NO SATISFECHOS SOBRE ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO SOLO EN CUANTO A CREDITOS ANTERIORES A LA ANOTACION, PUES RESPECTO A IMPUESTOS POSTERIORES ES PREFERENTE LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO. NATURALEZA NO REAL DE LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO. DISTINTOS EFECTOS DE LA PRELACION DE LA HACIENDA PUBLICA SEGUN LA CLASE DE TRIBUTOS (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1978).

Hechos.—El Abogado del Estado, en nombre de la Hacienda Pública, formuló demanda sobre tercería de mejor derecho contra el Banco Español de Crédito, S. A., y contra el deudor embargado por dicha entidad, alegando que dicho deudor lo es también de la Hacienda Pública por los conceptos de Impuesto de Tráfico de Empresas, multa del Servicio de Mercado, Cuota de Beneficios del Impuesto Industrial, Impuesto sobre la Renta e Impuesto sobre el Lujo, según resultaba de la certificación

expedida por el señor Recaudador de Hacienda en la Zona de Mula, arrojando un total de un millón ciento veinte mil setecientas diez pesetas, que con el 20 por 100 del recargo de apremio, cifra una deuda total de un millón trescientas cuarenta y cuatro mil ochocientas cincuenta y dos pesetas. Suplica se dicte sentencia declarando el derecho preferente de la Hacienda Pública al cobro de la citada cantidad, ordenando, una vez hecho trance y remate de los bienes embargados, se destine su importe al pago de la cantidad debida con preferencia al crédito del ejecutante.

El Banco Español de Crédito se opone a la demanda de tercería entendiendo que no es preferente para el cobro la Hacienda Pública, aparte de otros extremos, añadiendo que sería lamentable que, cuando por la exclusiva actividad del Banco se ha conseguido descubrir la pertenencia de los bienes al deudor y se han sufragado gastos, se beneficiara del producto de tales bienes la Hacienda Pública.

El Juez de Primera Instancia de Mula dictó sentencia estimando la demanda, siendo confirmada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jaime Castro García, declara haber lugar al recurso sólo en cuanto a uno de los conceptos impositivos que por corresponder a liquidación del año posterior a la anotación, no es preferente a ésta, desestimando el recurso en todo lo demás, por lo siguiente:

«Considerando que la prelación de créditos en favor de la Hacienda, ya insinuada en los Cuerpos de nuestro Derecho histórico según puede verse en la Ley 23, título XIII, de la Partida Quinta ('tal privilegio ha el debdo de la Cámara del Rey... primeramente deven ser entregados en los bienes de su debdor, que otro ninguno a quien deviessen algo... fueras ende en un caso, si el debdo primero es sobre peño, que oviesse empeñado a alguno señaladamente... ca entonce, tal debdo como este que fuese primero, ante deve ser pagado que el otro de la Cámara del Rey'), calificada también de 'privilegio' en el Proyecto de 1851 (arts. 1.925, número sexto, y 1.927, número cuarto) y regulada en el número primero del artículo 1.923 del Código Civil vigente como preferencia limitada al importe de la última anualidad vencida y no pagada de los impuestos que graviten sobre los bienes de los contribuyentes, es contemplada por la legislación hipotecaria a manera de hipoteca legal tácita—aunque propiamente se trate de una simple carga pública, sustancialmente marginada del juego propio de los principios hipotecarios—, como afección derivada de un crédito singularmente privilegiado que se extiende al cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de las contribuciones e impuestos que gaven a los bienes inmuebles, según así lo establecen los artículos 194 de la Ley y 271 del Reglamento; pero frente a tal criterio restrictivo de la legislación sustantiva, la fiscal otorga a la Hacienda Pública un derecho general de prelación para el cobro de sus créditos en relación con todos los demás acreedores, tal como preceptúan el artículo 11 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911, los Estatutos de Recaudación de 1928 (art. 158) y 29 de diciembre de 1948 (art. 138), el Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968 (art. 40), y como normas de superior rango, la Ley General Tributaria de 18 de diciembre de 1973 (arts. 71 y 73) y la Ley

General Presupuestaria de 24 de enero de 1977 (arts 31 a 34), disposiciones que, en adecuada conjunción con las complementarias, configuran una preferencia de la Hacienda como entidad acreedora, que se manifiesta: a) en la prelación por afección o hipoteca legal tácita, en seguridad del cobro de la anualidad corriente y de la última vencida y no satisfecha de contribuciones e impuestos; b) en la prelación general para los restantes tributos, no protegidos por dicha hipoteca legal tácita al no gravar periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro público, pues mientras que en el primer caso opera una hipoteca legal privilegiada sin necesidad de acto constitutivo ni de inscripción que prevalece sobre cualquier otro acreedor o adquirente con eliminación radical de la regla básica en la colición de derechos *prior tempore potius iure*, en el segundo supuesto el privilegio del Estado se detiene ante los acreedores que lo sean de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el correspondiente registro con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda Pública, como claramente lo impone la regulación normativa de esa prioridad de grado y no de fecha, recordada por esta Sala en sentencias de 29 de noviembre de 1962, 2 de mayo de 1963 y otras, y por la Dirección General de los Registros en sus Resoluciones de 20 de enero de 1960 y 15 de febrero de 1962.»

«Considerando que así enmarcada la cuestión primordial de la controversia y pasando al concreto examen del recurso formalizado por el Banco Español de Crédito, S. A., contra la sentencia que, confirmando la apelada, declaró el preferente derecho de la Hacienda Pública para cobrar la cantidad de 1.344.852 pesetas, el primero de los motivos aduce infracción, por interpretación errónea, de los artículos 11 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado de 1 de julio de 1911, 71 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963 y 40 del Reglamento General de Recaudación de 14 de noviembre de 1968, razonando que la preferencia que los citados preceptos conceden al Fisco para el cobro de sus créditos, debe entenderse limitada a la facultad que se le reconoce de anotar en los libros del Registro, por propia autoridad, los embargos decretados por su orden sobre los bienes de los deudores; pero bien se advierte que la alegación no es aceptable, pues además de que la constancia registral de tal medida cautelar sólo viene aludida por el párrafo segundo del artículo 11 de aquella ley, pero no por las restantes normas aplicables, el texto citado ofrece manifiesta diafanidad de exégesis, pues, porque el derecho de prelación que la Hacienda Pública ostenta, cede ante los acreedores dominicales, hipotecarios y prendarios que hayan inscrito su derecho con anterioridad a la constancia tabular del que asiste al Estado, cabalmente 'para asegurarlo contra los actos posteriores' que podrían hacer ilusorio su rango, está facultada la autoridad económica para dirigir mandamiento al Registrador instando la anotación preventiva del embargo, más ni ello puede conducir a la conclusión, que por ilógica debe ser rechazada, de que el derecho de prelación, tan minuciosamente regulado, queda reducido a esa simple facultad, claramente instrumental de la preferencia establecida en el párrafo primero, ni cabe desconocer que la entidad bancaria recurrente carece de titularidad crediticia basada en derecho real de cualquier tipo.»

«Considerando que la misma suerte desestimatoria ha de correr el motivo segundo, basado en infracción, por violación, del principio general de derecho, consagrado por la doctrina jurisprudencial que cita, según la cual el fallo ha de ser pronunciado *secundum allegata et probata a paribus*, pues esta regla y el principio dispositivo que informa nuestro proceso civil han sido escrupulosamente respetados por los organismos jurisdiccionales de instancia, ajustándose a los actos de iniciación, de alegación y de aportación del material fáctico realizados por los contendientes, ya que en la demanda de la Abogacía del Estado se hace detallada indicación de los conceptos a que responden los créditos de la Hacienda Pública, esto es, el Impuesto sobre Tráfico de Empresas, multa del Servicio de Mercado, Cuota de Beneficios del Impuesto Industrial, Impuesto sobre la Renta e Impuesto sobre el Lujo, remitiéndose a los elementos identificadores que figuran en la certificación, aportada inicialmente, expedida sobre tal descubierto por el Recaudador de Hacienda en la zona de Mula, órgano legitimado a tal efecto conforme al artículo sexto, apartado d), del Reglamento General de Recaudación y al 129 de la Ley General Tributaria, quien al librarla hizo expresión de los datos señalados en los artículos 101 y 175 del citado Reglamento para seguir la vía de apremio, ordenada por la preceptiva providencia del Tesorero de la Hacienda, tal como dispone el artículo 95 de la misma normativa reglamentaria.»

«Considerando que posponiendo, por razones de sistemática en el tratamiento de los problemas planteados, el estudio de los motivos tercero, cuarto y quinto, todos ellos encaminados al mismo punto de la controversia, es no menos evidente la improcedencia del motivo sexto, apoyado en la infracción, por violación, del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reprochada al Tribunal *a quo*, que en sentir del recurrente se abstuvo de resolver la excepción de que, en el peor de los casos, el producto de realización de los bienes embargados debía ser destinado a atender las costas del apremio antes de aplicarse a satisfacer los créditos de la Hacienda tercerista»; imputación carente de base, pues acertadamente entiende en su penúltimo considerando la Sala sentenciadora que tal cuestión no puede ser resuelta en el proceso, «por ser ajena a la tercería, máxime si se tiene en cuenta que cualquier pronunciamiento que se adoptara sería incongruente, puesto que no respondería a ninguna petición expresa de las partes litigantes», declaración que sobre no ser combatida con la cita de los preceptos que podrían avalar la tesis del banco recurrente, se ajusta en un todo al específico ámbito del juicio de tercería de mejor derecho, que según reiterada doctrina jurisprudencial, de la que son muestra las sentencias de 19 de abril de 1960, 16 de enero de 1968, 27 de marzo de 1971 y 21 de febrero de 1975, ya se contemple como incidental de un proceso ejecutivo, ya como una de las formas de intervención de terceros en el proceso, ofrece a la resolución por el Juzgador el tema fundamental de preferencia del título de crédito invocado por el tercerista frente al utilizado por el ejecutante a efectos de aplicación del importe que se obtenga con la venta de lo embargado al deudor común, determinando así la prioridad y consiguiente preferencia entre los dos créditos en litigio, sin que puedan traerse a discusión problemas ajenos al expresado objeto, que habrán de ventilarse en distinto procedimiento, de donde se sigue que, circunscrita por su finalidad la tercería a la determinación de rango entre el crédito del accionante,

que alega su derecho a ser reintegrado con anterioridad al acreedor de la ejecución y con cargo a los bienes realizados, en el caso objeto del presente debate, el conflicto surge entre los créditos de la Hacienda pública y los esgrimidos por el Banco Español de Crédito como título en el juicio ejecutivo correspondiente, a los que obviamente no pueden ser asimiladas las costas del apremio, radicalmente distintas en su naturaleza y procedencia».

«Considerando que si bien al tratar del carácter de la anotación preventiva de embargo practicada con arreglo a lo previsto en el artículo 42 de la Ley Hipotecaria, algún sector de la doctrina de los autores entiende que comporta un verdadero derecho real de realización de valor en funciones de garantía del cumplimiento de una obligación dineraria, a manera de hipoteca judicial semejante al *pignus iudiciale* y parcial operatividad de hipoteca legal, terminología que ha sido recibida, como mero *obiter dicta* y sin constituir verdadera *causa decidendi*, por la sentencia de esta Sala de 14 de diciembre de 1968, que se cuida en puntualizar que tal medida 'sólo otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad, pero no en cuanto a los actos de disposición ni tampoco sobre los créditos anteriores de carácter preferente al del embargo anotado', es unánime la doctrina jurisprudencial al respecto de que el embargo, como acto procesal, y la anotación, que es su proyección registral, nada prejuzgan sobre la verdadera situación, identidad y eficacia de los créditos, ni altera la naturaleza de las obligaciones (sentencia de 21 de febrero de 1975, que a su vez invoca las de 20 de enero y 18 de febrero de 1954 y 12 de junio de 1970), pues la anotación preventiva no genera otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido en cuanto a los bienes anotados solamente frente a los acreedores que tengan contra el mismo deudor otros créditos contraídos con posterioridad a la anotación (sentencias de 27 de enero y 13 de junio de 1948, 19 de abril de 1976); consideraciones que llevan a rechazar también el motivo séptimo, que arguye infracción, por violación, del artículo 11 de la repetida Ley de Administración y Contabilidad del Estado, del artículo 71 de la Ley General Tributaria y del artículo 40 del Reglamento General de Recaudación, ya que, a criterio del recurrente, la anotación preventiva de embargo entraña una afección de tipo hipotecario, con todo el alcance de un derecho real de garantía idéntico a la hipoteca, y que, como ésta, produce efectos constitutivos desde el momento de su acceso a los libros registrales, pero claro está que tan insostenible parecer se halla en abierta discrepancia con las reiteradas declaraciones jurisprudenciales, fielmente ajustadas al ordenamiento positivo, pues el artículo 1.923, número cuarto, del Código Civil, al que se remite el artículo 44 de la Ley Hipotecaria, dispone la preferencia 'sólo en cuanto a los créditos posteriores', mas no en relación a los anteriores asistidos de privilegio, como son los créditos en favor del Estado, que gozan de prelación precisamente por imperativo de los preceptos legales que el motivo que se rechaza cita como vulnerados.»

«Considerando que, por el contrario, ha de prosperar el motivo tercero, que, íntimamente relacionado con el quinto, que viene a completarlo, se basa en la infracción, por violación, de los artículos 44 de la Ley Hipotecaria, 271 de su Reglamento y 1.923, número cuarto, del Có-

digo Civil, así como la doctrina legal invocada, consiguiente a error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos demostrativos de la equivocación evidente del Juzgador; pues si, como razonado queda, la anotación preventiva de embargo atribuye preferencia con relación a los créditos posteriores en cuanto a los bienes sujetos a traba, tal disposición capital sólo cede ante la rigurosa prelación que al Estado le otorgan los artículos 1.923, número primero, y 1.927, regla primera, del Código Civil, 12 de la de Administración y Contabilidad, 73 de la Ley General Tributaria y 37 del Reglamento General de Recaudación, es decir, en los supuestos en que opera la hipoteca legal tácita, delimitada categóricamente tanto en el aspecto objetivo ('tributos que graven periódicamente los bienes o derechos inscribibles en un registro o sus productos directos, ciertos o presuntos') como temporal ('deudas tributarias no satisfechas, correspondientes al año natural en que se ejercita la acción administrativa de cobro y al inmediato anterior'), pero ninguna razón o elemento interpretativo permite entender que la eficacia de la anotación registral de embargo desaparece ante los créditos estatales posteriores no protegidos por aquel privilegio singular, y siendo hecho indiscutido que la anotación del embargo en el juicio ejecutivo promovido por el Banco Español de Crédito fue extendida con fecha 25 de abril de 1973, obvio resulta que si el hecho imponible a los efectos del artículo 28 de la Ley General Tributaria y la consiguiente obligación de pago, aunque sea en período voluntario, no nace hasta el ejercicio por el que se hizo la imposición (sentencia de 31 de enero de 1974), claro está que la deuda tributaria por el impuesto de lujo, que según la certificación aportada por la Hacienda pública no se originó hasta el 10 de noviembre de 1973, carece de prelación frente a los créditos de la entidad recurrente protegidos por la anotación de embargo, lo que determina el éxito de los motivos en cuestión y hace innecesario pasar al estudio del cuarto, que se orienta al mismo resultado que esos dos alegando violación de los artículos 1.927 y 1.929 del Código Civil.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo considera preferente la anotación preventiva de embargo a favor del banco sobre la deuda tributaria por razón de impuesto de lujo, que según la propia certificación de apremio aportada, surge con fecha 10 de noviembre de 1973, habiéndose anotado el embargo con anterioridad, el 25 de abril de ese mismo año. Respecto a las demás deudas tributarias, declara el preferente derecho de la Hacienda pública al cobro, ordenando que una vez hecho trance y remate en los bienes embargados, sea destinado su importe de ese modo.

COMENTARIO.—Esta sentencia reitera la doctrina jurisprudencial existente acerca de los efectos de las anotaciones preventivas de embargo, confirmando lo que resulta del artículo 44 de la Ley Hipotecaria y 1.923, número cuarto, del Código Civil, que, como es sabido, sólo conceden preferencia a los créditos anotados respecto a otros de fecha posterior a la anotación.

Pero la sentencia no contempla un caso más que añadir a la lista de los producidos acerca de los preceptos que acabamos de citar, sino que se ocupa de la relación de los mismos con el artículo 71 de la Ley General Tributaria, dado que el caso sometido a debate judicial consistía

en el problema de si los créditos tributarios a favor de la Hacienda pública debían o no prevalecer sobre el crédito de un particular garantizado a través de una anotación preventiva de embargo.

Para mejor resumir y comentar la doctrina de esta sentencia, debemos distinguir los dos grupos de relaciones que estudia y decide la sentencia, según la clase de crédito tributario de los varios que existían:

1.º *Preferencia de la anotación preventiva de embargo sobre el crédito tributario de la Hacienda pública de fecha posterior a dicha anotación.*—Para fundamentar esa preferencia, la sentencia se apoya en el número cuarto del artículo 1.923 del Código Civil, que considera aplicable, entendiendo que no queda afectado por el artículo 71 de la Ley General Tributaria.

Dicho artículo 71 señala que «la Hacienda pública gozará de prelación para el cobro de los créditos tributarios vencidos y no satisfechos, en cuanto concurra con acreedores que no lo sean de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el correspondiente registro con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 73 y 74 de esta ley».

Literalmente interpretado el precepto, parece que las anotaciones preventivas de embargo en nada afectan al crédito de la Hacienda pública, pues el artículo no alude expresamente a ellas, sino que sólo considera preferentes frente a la Hacienda a los «acreedores de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito...».

Aunque no conocemos en concreto la interpretación dada por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia Territorial, lo cierto es que llegaron a la conclusión de que el crédito tributario de la Hacienda pública era preferente a la anotación preventiva de embargo de fecha anterior, por lo cual es de suponer que patrocinarían esa interpretación del artículo 71 de la Ley General Tributaria.

La presente sentencia no admite ese resultado, lo cual es acertado, pues desenfocaría totalmente el ámbito de aplicación del artículo 71 de la Ley General Tributaria y llevaría a la derogación del número cuarto del artículo 1.923 del Código Civil, cuando la anotación se enfrentase a créditos tributarios.

En primer lugar, tenemos que decir que el artículo 71 de la Ley General Tributaria no ha derogado ni expresa ni tácitamente el número cuarto del artículo 1.923 del Código Civil, por lo que, efectivamente, no puede limitar los efectos que este último atribuye a las anotaciones preventivas de embargo.

Para comprobarlo hay que tener en cuenta que en el texto del proyecto remitido a las Cortes se planteó expresamente esta cuestión de la preferencia de la Ley General Tributaria sobre el Código Civil y, sin embargo, no prevaleció en el texto definitivo.

En el texto del proyecto, el actual artículo 71 (que figuraba como 72) contenía un apartado segundo, que decía así: «Este derecho de preferencia se antepone al sistema establecido por el Código Civil en los artículos 1.922, 1.923 y 1.924.» Después de examinadas unas enmiendas que fueron rechazadas por la Ponencia, lo cierto es que en el texto definitivo desapareció ese párrafo, lo que es bien sintomático de que, planteada

expresamente la cuestión, no se quiso desvirtuar el sistema de preferencias del Código Civil.

Además, sería absurdo entender derogado el número cuarto del artículo 1.924 del Código Civil cuando se planteara una cuestión de preferencia entre un anotante y el crédito tributario, y mantenerlo vigente en los demás supuestos en que no apareciera ningún crédito a favor de la Hacienda pública, pues esto daría lugar a resultados absurdos cuando se produjera, lo que es bastante frecuente, un supuesto de concurrencia múltiple de créditos, unos con anotación de embargo, otros hipotecarios y otros tributarios.

Por tanto, el artículo 71 de la Ley General Tributaria hay que interpretarlo desde la perspectiva del número cuarto del artículo 1.923 del Código Civil, al continuar éste vigente.

La presente sentencia del Tribunal Supremo, al entenderlo así y destacar la preferencia de una anotación de embargo respecto a créditos tributarios de fecha posterior a aquélla, merece una crítica totalmente favorable, frente a lo que habían decidido el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Territorial.

2.º Preferencia de los créditos tributarios de fecha anterior sobre la anotación preventiva de embargo obtenida por un particular.—Desde la perspectiva de la propia sentencia, es totalmente lógico que si se aplica el número cuarto del artículo 1.923 del Código Civil para apoyar la preferencia de la anotación preventiva de embargo sobre créditos tributarios de fecha posterior, se diga igualmente, en base a tal precepto, que respecto a los créditos tributarios de fecha anterior, éstos son preferentes a la anotación.

Sin embargo, lo que no podemos admitir es el razonamiento que emplea la sentencia, consistente en que la anotación preventiva de embargo no tiene naturaleza real. Y ello porque ese carácter «real» que la sentencia niega es precisamente lo que permite explicar los efectos *erga omnes* de las anotaciones respecto a los terceros adquirentes y acreedores posteriores a ellas. Es mucho más lógico partir del efecto «real» de las anotaciones preventivas de embargo, sólo que limitándolo a los créditos que, siendo privilegiados, sean de fecha posterior a ella, y además a los créditos comunes, cualquiera que sea su fecha, que no negar su naturaleza real, dejando así totalmente en el vacío el problema de su caracterización y eficacia. Sin embargo, el Tribunal Supremo viene negando tópicamente la naturaleza real de estas anotaciones, y la presente sentencia no constituye una excepción a esta doctrina. Pero, como dice, acertadamente ANTONIO IPIENS, «Pese a lo expresado en la exposición de motivos de la primitiva Ley Hipotecaria y a la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, las anotaciones de embargo no tienen el carácter de derecho personal. Antes de la Ley de 1909, aún podía sostenerse esa opinión. A partir de dicha ley, no. El bien embargado, aunque salga del patrimonio del deudor, continúa sujeto a responsabilidad (arts. 38 de la Ley Hipotecaria y 143 de su Reglamento)». También admitimos la segunda conclusión a la que llega ANTONIO IPIENS en su estudio sobre «Anotaciones de embargo e hipotecas» (*Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XVIII, pág. 65, año 1974): «La tajante separación que entre hipotecas y embargos quiso establecer la Ley

de 1861 aparece muy mitigada. En las sucesivas reformas hipotecarias, cada vez se han ido aproximando más las segundas a las primeras en su forma de regularse.»

Además, si se parte de los efectos reales de las anotaciones preventivas de embargo, la concordancia entre el artículo 71 de la Ley General Tributaria y el número cuarto del artículo 1.923 del Código Civil, de la que antes nos hemos ocupado y que es aceptada por esta sentencia, resulta muy clara, ya que entre los «acreedores con derecho real» a que se refiere el artículo 71, podrían estar los titulares de anotaciones de embargo de fecha anterior al crédito tributario, produciéndose el mismo resultado que el señalado por el número cuarto del artículo 1.923 del Código Civil. Y que no se diga, frente a esto, que el artículo 71 utiliza la palabra «inscritos», y no «anotados», pues es sabido que aquella palabra tiene en la legislación hipotecaria no sólo el sentido estricto referido a asiento de inscripción, sino en muchas ocasiones el sentido amplio, comprensivo, de los asientos de anotación, y en el presente caso es más adecuado interpretarlo en ese sentido amplio en concordancia con las situaciones jurídicas susceptibles de publicidad registral que contempla el precepto (acreedores con derecho real), y no al revés, limitando esas situaciones jurídicas a través de una interpretación estricta del término «inscritos» empleado por la Ley General Tributaria. ¿Acaso se puede negar que no estén comprendidas las anotaciones por defecto subsanable, simplemente porque se haya empleado la palabra «inscritos»?

Por último, nos parece interesante recalcar otra de las declaraciones de esta sentencia a propósito de la preferencia que señala a los créditos tributarios anteriores a la fecha de la anotación, y esa declaración consiste en que la anotación de embargo no es preferente a créditos anteriores *privilegiados*. Por nuestra parte, hemos subrayado esta última palabra para puntualizar que no es preferente a una anotación de embargo cualquier *crédito de fecha anterior*, sino sólo los créditos anteriores de una especial naturaleza. En este caso, los créditos anteriores son tributarios, lo que les da el carácter de privilegiados conforme a la Ley General Tributaria, aunque no sean singularmente privilegiados. Pero si se tratara de créditos comunes, no serían preferentes a la anotación, aunque fueran anteriores a ella, pues, según el artículo 1.925 del Código Civil, la fecha es indiferente para los créditos sin privilegio especial, y no iba a producirse criterio distinto al interpretarse el número cuarto del artículo 1.923.

Ciertamente, la presente sentencia no trata de profundizar en este problema, pero al deslizarse esa palabra de «privilegiados» para calificar a los créditos anteriores que son preferentes a las anotaciones, nos ha dado pie para recordar nuestra opinión acerca de este tema.

Aunque la solución dada por esta sentencia es mucho mejor que la que dieron las sentencias de Instancia, sin embargo, no creemos que con su doctrina se hayan resuelto todos los problemas y dificultades que plantea el tema de la prelación de anotaciones de embargo y créditos tributarios.

Para comprobar estas dificultades, sintomáticas de que la doctrina jurisprudencial no puede quedar cerrada y terminada, supongamos que en un concurso de acreedores concurren no sólo el crédito tributario

anterior y el crédito anotado posterior, sino también otros créditos privilegiados, del modo siguiente:

- 1.º Crédito tributario no anotado en el Registro, referente a impuestos de tráfico de empresas del año 1978.
- 2.º Crédito con anotación de embargo practicada en enero de 1979.
- 3.º Crédito hipotecario, siendo la fecha del crédito y de la inscripción de hipoteca del mes de febrero de 1979.
- 4.º Crédito refaccionario, anotado en marzo de 1979.
- 5.º Crédito escriturario, de fecha anterior a todos ellos, por ejemplo, de fecha 1977.

Si cada uno de estos cinco créditos tuviera el importe de un millón de pesetas y la finca sujeta a responsabilidad tuviera un valor de tres millones de pesetas, ¿quién cobra con preferencia y quién se quedaría sin cobrar?

Siguiendo la solución de esta sentencia, aparentemente lógica, el crédito tributario cobra antes que el crédito con anotación de embargo, pues aquél es anterior a ésta. Pero el crédito tributario debe cobrar después de los créditos hipotecario y refaccionario, pues éstos son preferentes por aplicación del artículo 71 de la Ley General Tributaria y del artículo 1.923 del Código Civil, ya que se inscribieron y anotaron, y el de la Hacienda, no. Por otro lado, el crédito con anotación de embargo es preferente a estos últimos, que son de fecha posterior a la anotación. Y respecto al crédito escriturario, si se siguiera la interpretación dominante, sería preferente al crédito con anotación de embargo (interpretación del número cuarto del artículo 1.923), pero debería ser pospuesto a todos los demás, que son preferentes a él.

Como se observará, todo esto da lugar a situaciones contradictorias y absurdas, lo que puede servir de ejemplo para demostrar que se impone un estudio a fondo del tema de las preferencias y que no deben darse por resueltas actualmente todas las cuestiones que se pueden plantear.

TERCERIA DE DOMINIO. REGISTRO DE VENTAS A PLAZOS. LA INTERPRETACION DEL JUZGADOR DE QUE CIERTO CONTRATO, POR SUS DETERMINADAS CONDICIONES, ESTA SUJETO A LA LEY DE VENTAS A PLAZOS Y NO ES OPONIBLE A TERCEROS SI NO ESTA INSCRITA LA RESERVA DE DOMINIO Y QUE NO ES ARRENDAMIENTO DE BIENES MUEBLES, DEBE PREVALECER EN CASACION (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1978).

Hechos.—La entidad «Lisban, S. A.», Compañía de Leasing, formuló demanda contra don Emilio R. Senen y la «Sociedad de Inversiones Turísticas Canarias, S. A.», sobre tercería de dominio, ante el embargo trabado por don Emilio R. Senen sobre una serie de bienes muebles que la entidad actora alega eran de su propiedad por haberlos entregado a la entidad embargada «Inversiones Turísticas» en concepto de alquiler y no en concepto de venta.

El demandado contesta alegando que los contratos otorgados por la actora con la denominación de «arrendamientos» no puede considerarse como tales, pues se trata de contratos que la doctrina anglosajona viene denominando de *leasing*, pero que en nuestro ordenamiento jurídico están encajados en la normativa de la ley sobre venta de bienes a plazos, pues no constaba aviso alguno de que los bienes se hubiesen cedido bajo el sistema de *leasing*.

El Juez de Primera Instancia número 8 de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado, por lo siguiente:

«Considerando que el determinar la conceptualización jurídica que corresponde a cierto contrato es un problema de interpretación del mismo en orden a su calificación, y, en ese aspecto, la sentencia recurrida, que hace suyos los considerandos de la de primer grado, explícitamente afirma que los contratos de 5 y 26 de julio de 1972 que sirven de título a la tercería de dominio, no obstante su denominación de contratos de arrendamiento sobre bienes de equipo muebles, las condiciones particulares denuncian la existencia de unas compraventas de bienes muebles a plazos, contratos que, en consecuencia, están sujetos a la Ley de 17 de julio de 1965, por imperio de su artículo 2.º, y, con base en esa calificación, rechaza la demanda, por considerar que no son oponibles a tercero, como lo es el ejecutante demandado, las reservas de dominio contenidas en los indicados contratos, al no haberse efectuado su inscripción en el Registro de Ventas a Plazo, según previene el artículo 23 de la mencionada ley especial.»

«Considerando que el único motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación, por no aplicación de los artículos 1.255 y 1.543 del Código Civil, y en su desarrollo sostiene la recurrente que considera inadecuada la subsunción que de los contratos de que se trata hace la sentencia recurrida, estimando que, por el contrario, tales contratos son atípicos, cabiendo subsumirlos en lo fundamental en el citado artículo 1.543, que define el arrendamiento de cosas, pero al argumentar de ese modo prescinde y hace caso omiso de la constante jurisprudencia de esta Sala, según la cual el criterio interpretativo de los Tribunales de Instancia debe prevalecer en casación, a no ser que se evidencie, por el cauce del número primero del mencionado artículo 1.692, que infringe notoriamente alguna de las normas de hermenéutica contractual contenidas en los artículos 1.281 al 1.289 del Código Civil, o se demuestre por la vía del número séptimo del mismo artículo, el error del Juzgador al establecer los hechos en que la interpretación se apoya, y como ninguno de esos medios impugnatorios se utiliza en el recurso, es llano que procede su desestimación, con los pronunciamientos accesorios del artículo 1.748 de la ley procesal civil.»

**NEGOCIO REALIZADO CON SIMULACION RELATIVA SUBJETIVA,
POR INTERPOSICION DE PERSONA. PRUEBA DE PRESUNCIONES:
PRESUNCION AD HOMINEM (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1978).**

Hechos.—Don Eugenio S. Martínez formuló demanda contra don Jesús P. Marín y otros, hijos y yernos del actor, suplicando se dictara sentencia por la que, con relación a la finca «Dehesa de la Almida», se condenase a los demandados, declarando que el actor es el verdadero adquirente de dicha finca, a través de los demandados, cuya intervención en el documento privado y en la escritura pública de compra fue como personas interpuestas, por orden y cuenta del actor, declarando asimismo la nulidad y cancelación del asiento registral de la finca.

Los demandados contestan que la finca fue adquirida por ellos, y si es que les adelantó dinero la «Cerámica Sampedro», de que es titular su padre y suegro, le deberán ese dinero, pero no por ello corresponde al actor la propiedad de la finca.

Se acordó la acumulación a los autos de la demanda seguida por uno de los demandados contra los otros sobre división de cosa común de la repetida finca.

El Juez de Primera Instancia número 1 de los de Logroño desestimó la demanda primeramente presentada, y estimó la otra demanda sobre división de cosa común, declarando haber lugar a la división de la finca.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos estimó el recurso de apelación interpuesto por el actor de la primera demanda, declarando que él es el verdadero adquirente de la finca, a través de los demandados, que no tienen otro carácter que el de personas interpuestas. En cuanto al otro recurso, absolvió a los demandados de la demanda de división de cosa común.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el yerno, el Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al mismo, por lo siguiente:

«Considerando que, como tiene reiteradamente declarado esta Sala, en materia de simulación contractual, ya lo sea absoluta, cuando el negocio no se quiere en su contenido, o relativa, cuando se realiza con fines de apariencias y es otro el verdaderamente querido, y en éstos, tanto lo sea subjetiva, cuando el sujeto se hace aparecer como contratante o destinatario de la declaración, mientras en realidad es otro el efectivo, u objetiva, por referirse a la propia naturaleza del negocio o a sus elementos esenciales o accidentales, la principal cuestión que surge y dificultad con la que el Juzgador se encuentra, es cuanto afecta a la prueba de la misma, puesto que el negocio simulado se presenta como realmente querido, cuidando las partes de darle su máxima apariencia de certeza, y suele redactarse en escritura pública, y de todo ello, el que tengan los Tribunales que cuidar al máximo el resultado que le puede ofrecer las pruebas practicadas, de las que, por lo general, es la de presunciones la más esencial, y de ahí que sea del mayor interés, en la resolución del presente recurso, recoger los hechos que como probados sienta el Juzgador de Instancia, 'bien por admisión de todas las partes litigantes',

'bien como resultado de la actividad probatoria'. A continuación, la sentencia expone esos hechos, siendo, en resumen, la convivencia familiar entre actor y demandados, a través del trabajo que éstos realizaban en la fábrica propiedad del actor, la existencia de un amplio poder en favor de los hijos y yerno para la gestión propia del negocio de cerámica, el hecho de que a cargo de los fondos de la cerámica, propiedad del padre, se pagaron los plazos y gastos complementarios de la compra de la dehesa, así como los derivados de su posesión y explotación. Hechos de los que, según expresión literal de la recurrida sentencia, 'resulta indudable, a juicio del Tribunal por presunción *ad hominem*, que la adquisición de la dehesa denominada «Almida» fue realizada por los demandados (interposición real de personas) para el actor, actuando aquéllos como verdaderos mandatarios de su padre y suegro, respectivamente'.

Frente a estos hechos probados, la sentencia no tiene en cuenta los hechos alegados por el recurrente, por no estar probados, y por no ser ilógica la deducción del Juzgador de existencia de simulación subjetiva.

MONTE PUBLICO EN NAVARRA. LA ADQUISICION DE TERRENO HELECHAL POR UN PARTICULAR NO PRUEBA LA ADQUISICION DEL DOMINIO DEL TERRENO PLANTADO DE INNUMERABLES HAYAS. INTERPRETACION DE LA PALABRA «HELECHAL». NO EXISTE BUENA FE DEL ADQUIRENTE, DADA LA INEXACTITUD REGISTRAL EXISTENTE (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1978).

Hechos.—Don Francisco A. Zubieta y doña Ramona Z. Astibia presentaron demanda contra el Ayuntamiento de Goizueta, la Diputación Foral de Navarra y el Estado, suplicando se dictara sentencia declarando que la finca que describían inscrita a nombre de los actores, consistente en una borda con su choza y con su helechal de alrededor de cabida seis mil posturas, equivalentes a mil ochocientas sesenta y nueve áreas y quince centiáreas, pertenecía a los actores en nuda propiedad y usufructo, respectivamente, con cuanto existe dentro de sus límites; y como consecuencia de la declaración anterior se condene a los demandados a que hagan entrega inmediata de la finca, con cuanto en ella existe, y a que en lo sucesivo se abstengan en la misma de todo uso, disfrute o utilización; y asimismo se declare la nulidad y cancelación de los asientos e inscripciones que en el Registro de la Propiedad existan sobre el inmueble en favor de los demandados.

Los demandados se oponen, alegando que lo que reivindican los actores es parte de un monte público catalogado inscrito en el Registro a nombre del Ayuntamiento, cuando en realidad aquéllos sólo acreditan un derecho de aprovechamiento del helechal, concesión muy frecuente en Navarra respecto a montes comunales. Además, en la descripción de la finca de los actores se alude simplemente a una borda con choza y a su helechal, añadiéndose que existen diez fresnos, y resulta que en la finca del Ayuntamiento existen setecientos setenta árboles de haya, lo cual no tiene ningún parecido con aquella otra descripción.

El Juez de Primera Instancia número 2 de Pamplona desestimó la demanda, siendo confirmada esta sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso interpuesto por los demandantes, por lo siguiente:

«Considerando que el motivo tercero, que alega violación del artículo 1.216 del Código Civil para justificar un error de Derecho en la apreciación de la prueba, es improsperable, pues para ello es preciso que se cite el precepto que regula el valor probatorio de algún elemento de ella que haya sido desconocido, y el artículo 1.216 se limita a determinar lo que son documentos públicos, no imponiendo al Tribunal ninguna prueba a efectos valorativos.»

«Considerando que el motivo segundo, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación del artículo 348 del Código Civil, así como la Ley 388 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, y de la doctrina legal contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de febrero de 1954, que no puede correr mejor suerte, porque, firmes en casación los hechos declarados probados en la Instancia relativos a que las fincas reclamadas forman parte de un monte inscrito a nombre del pueblo de Goizueta en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública en 14 ed mayo de 1912, y que figura en el Registro de la Propiedad a nombre de dicho Ayuntamiento, inclusión llevada a cabo sin oposición por parte de nadie, que indica por sí sola una posición acreditada que únicamente podría desvirtuar una titulación perfecta del dominio que los actores no tienen, pues, lejos de esto, aparece de las propias escrituras presentadas por los demandantes que su derecho se limitaba a un mero aprovechamiento del helechal, no conceptuándose dueños del terreno ni de las demás utilidades que éste comprendía, y, en efecto, en las escrituras, pese a ser fincas de explotación forestal y existir a la sazón numerosos y antiguos robles, hayas y alisos, ni los incluían ni hacían referencia a los mismos, cuando la riqueza de las fincas en esas especies arbóreas estribaba, aprovechamientos forestales muy superiores al precio real satisfecho por los que compraron los helechales, y que han venido realizándose hasta hace poco tiempo por el Ayuntamiento de Goizueta sin oposición alguna, ello unido a que la naturaleza y destino de las fincas no es helechal, sino forestal (considerando primero de la Audiencia, última parte), los recurrentes hacen supuesto de la cuestión, intentando hacer una interpretación subjetiva de la denominación de 'helechal', sin citar siquiera las normas hermenéuticas que figuran en el número primero del vigente artículo 3.º del Código Civil ni acomodarse a sus normas, ni hacer tampoco alusión a las del número sexto del artículo 1.º del propio Código, caracterizadora de la jurisprudencia como 'doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho', que tampoco se da en el presente caso.»

«Considerando que, por último, es desestimable el motivo primero, por no respetar el hecho también probado en la Instancia de que es inadmisibles aceptar la buena fe de quien adquiere con una manifiesta inexacti-

tud registral, que por ser ostensible no podía ser desconocida, como era la adquisición según la titulación y el Registro de una borda y una choza con su helechal alrededor, siendo así que, en la realidad, de la borda y de la choza quedaban ruinas y el helechal era en la mayor parte de la superficie un hayedo (considerando quinto del Juzgado), procediendo, por todo lo expuesto, la desestimación íntegra del recurso.»

ADQUISICION DE FINCA RUSTICA POR EXTRANJERO EN CANARIAS POR DOCUMENTO PRIVADO Y SIN LA PREVIA AUTORIZACION MILITAR: ES NULA DE PLENO DERECHO. AUNQUE LA ADQUISICION CITADA SEA ANTERIOR A LA LEY DE 1960, ES APLICABLE ESTA EN CUANTO A LA OBLIGATORIEDAD DE LA INSCRIPCION (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1978) (*).

Hechos.—Don John Lawrence F. Martín formuló demanda contra don Manuel P. Hernández y don Ramón D. Gutiérrez y sus respectivas esposas alegando que el demandado últimamente citado había adquirido una tercera parte indivisa de unas fincas rústicas en el pueblo de Fasnía (Canarias), no para sí, sino para el demandante, según documento privado; que el otro demandado figuraba en escritura pública de 1945 como adquirente de las fincas, si bien en documento privado de la misma fecha ambos demandados reconocieron que la propiedad de los inmuebles pertenecían en común y proindiviso a ellos dos, en la proporción de dos terceras partes el señor P. Hernández, y la otra tercera parte, don Ramón D. Gutiérrez. Suplica se dicte sentencia por la que se declare que el demandante es propietario de la tercera parte indivisa de las fincas, que don Manuel P. Hernández y esposa están obligados a otorgar escritura pública de venta de dicha tercera parte indivisa al actor, y que el demandado don Ramón D. Gutiérrez y esposa no deben formular oposición alguna.

Una vez contestada la demanda, y seguidos los demás trámites, el Juez de Primera Instancia número 3 de Santa Cruz de Tenerife desestimó la demanda, absolviendo de la misma a los demandados, y estimando de oficio la infracción de normas de orden público que afectan a la defensa del territorio nacional, declaró la nulidad de pleno derecho o inexistencia del documento privado formalizado en 1945 entre don Manuel P. Hernández y don Ramón D. Gutiérrez y del documento privado formalizado en la misma fecha por este último a favor del demandante.

La Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife revocó la sentencia del Juzgado, estimando la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el demandado señor P. Hernández, el Tribunal Supremo, siendo Ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara haber lugar al recurso,, por lo siguiente:

«Considerando que en materia de adquisición por extranjeros de inmuebles en España, que es de la que trata el presente recurso, el único

(*) Téngase en cuenta que la legislación actual sobre la materia se encuentra en la Ley de 12 de marzo de 1975 y en su Reglamento de 10 de febrero de 1978, referentes a zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional.

artículo del Decreto de 19 de junio de 1975, recordado por la sentencia recurrida, puntualiza que las disposiciones legales vigentes son la Ley de 23 de octubre de 1935, el Decreto de 28 de febrero de 1936, la Orden Ministerial de 26 de diciembre de 1949, la Ley de 12 de mayo de 1960 y el Texto Refundido de ésta de 31 de octubre de 1974, con el Reglamento para su aplicación de la misma fecha, a las que debe añadirse el Decreto de 23 de diciembre de 1974; normas que deberán ser interpretadas con criterio restrictivo en atención al espíritu y finalidad de las mismas (que constituye una de las pautas de la hermenéutica legal según la vigente redacción del apartado primero del artículo 3.º del Código Civil), que no son otros sino la integridad del territorio nacional a los fines de la defensa militar, las cuales son de aplicar al supuesto discutido que se refiere a inmuebles sitos en el archipiélago de Canarias no incluidos en casco urbano, ensanche, zona urbanizada ni en proyecto aprobado de interés turístico, al modo requerido por el artículo 2.º de la Ley de 1935, en relación con el también segundo del Decreto de 1936; siendo de observar que la Ley de 1960 establece un régimen dual al respecto, pues en el artículo 1.º dice que 'deberán *necesariamente inscribirse* en el Registro de la Propiedad los actos y contratos por los que se constituyan, modifiquen o extingan en favor de extranjeros, el dominio u otros derechos reales sobre inmuebles sitos en las zonas señaladas por la Ley de 23 de octubre de 1935...', añadiendo en el párrafo segundo que la falta de inscripción determinará la nulidad de pleno derecho de los mencionados actos y concesiones, precepto este último que, en principio, no es aplicable a la operación que aquí se examina en atención a las fechas respectivas y la carencia de efectos retroactivos de aquél constando la segunda en la escritura pública de 22 de diciembre de 1945.»

«Considerando que, por el contrario, el artículo 2.º de la misma Ley de 1960 se refiere expresamente a los títulos no inscritos *anteriores* a aquélla, comprendidos en los supuestos del artículo 1.º, '... en cuyo caso deberán inscribirse en el plazo de un año, transcurrido el cual... la contribución territorial de los inmuebles que no hayan sido objeto de inscripción, se incrementará en un 10 por 100, *hasta que se cumpla lo dispuesto en la misma*', es decir, no puede reducirse exclusivamente a ese incremento de carácter tributario, como parecería desprenderse de la simple letra del precepto, porque éste está refiriéndose a los actos jurídicos no inscritos para los cuales mantiene la exigencia de la inscripción y además porque al hablar de 'actos jurídicos' no puede comprender sino a aquellos que a todos los efectos legales, sean válidos y susceptibles de inscripción, cuya determinación deberá hacerse con la legislación en vigor en el momento en que el acto se realizó, que no es otra sino la Ley de 1935 y el Decreto de 1936, a cuyo tenor 'la adquisición por parte de... individuos de nacionalidad extranjera... estará sujeta a la *previa autorización* del Ministerio de la Guerra, solicitada por conducto de las autoridades militares correspondientes...' (arts. 2.º de la Ley de 1935, y 4.º, letra a), del Decreto de 1936), teniendo que mediar la *solicitud pertinente* a dicho Departamento (arts. 5.º y 6.º del Decreto de 1936), para la efectividad de lo cual, el artículo 15 del referido Decreto dispone que los Registradores de la Propiedad y los Notarios, *no autorizarán* en lo sucesivo ventas de fincas rústicas o urbanas... cuando en estas operaciones inter venga algún extranjero, *sin la presentación del oportuno permiso* del

Ministerio de la Guerra, incurriendo incluso en responsabilidad en caso de contravención (art. 17 del Decreto de 1936), exigencias que no son meras formalidades administrativas, en cuanto que son condiciones *sine qua non* para la documentación pública y la consiguiente inscripción registral.»

«Considerando que de acuerdo con cuanto antecede es evidente que obligatoriedad de la inscripción registral, de que fundamentalmente se ocupa la Ley de 1960, afecta al caso debatido, aunque sea anterior a la misma, como igualmente es incuestionable que el acto que lo origina habrá de reunir los requisitos legalmente exigidos para que la inscripción puede realizarse, lo que aquí no sucedió, pues no consta—ni siquiera se alegó en la instancia—que existiese la autorización del Ministerio de la Guerra requerida por el artículo 2.º de la Ley de 1935, que, según dice el precepto, ha de ser *previa*, ni figura tampoco la *pertinente solicitud* a dicho Departamento que tiene que mediar a tenor de lo establecido en los artículos 5.º y 6.º del Decreto de 1936, a causa de lo cual no tuvo—sencillamente porque no podía tener—constancia documental en la escritura notarial de 22 de diciembre de 1945 y subsiguiente registración pública, pues no se presentó ante el Notario el *oportuno permiso* del Ministerio de la Guerra (art. 17 del Decreto de 1936); todo lo cual está poniendo de manifiesto que el acto alegado por el actual recurrido constante en documento privado, cuya existencia se ocultó al fedatario público en 1945, es contrario a lo exigido con carácter constitutivo para su validez, por la ley entonces aplicable, incurriendo, por tanto, en la sanción de nulidad, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 4.º del Código Civil (en el texto vigente a la sazón), lo que lleva consigo como consecuencia ineludible la también nulidad del artículo 2.º de la Ley de 1960 puesto en relación—que es forzoso establecer—con el párrafo 2.º del artículo 1.º de la misma, ratificado a los efectos de repercusión pública con el precepto contenido en el artículo 5.º de la propia Ley de 1960 según el que «los Juzgados y Tribunales y las oficinas públicas, bajo la responsabilidad del funcionario a cuyo cargo se encuentren, no admitirán documento alguno de los señalados en esta ley (que, forzoso es insistir, comprende los actos posteriores y los anteriores a su promulgación) *sin que conste su inscripción en el Registro de la Propiedad*.»

«Considerando que nada de lo expuesto con precedencia, puede decirse desvirtuado con la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de este Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1967 y 6 de abril de 1973 alegadas *in voce* por la representación letrada de la parte recurrida en el acto de la vista, porque afectan a supuestos que nada tienen que ver con el presente, pues la primera se refiere a que «la autorización gubernativa no es exigible a las Compañías mercantiles constituidas al amparo de la Ley de 17 de julio de 1951 que (aunque integradas por extranjeros) están domiciliadas en ESPAÑA... y tengan (como tal persona jurídica independiente de los socios que la integran) *nacionalidad española*, a las que son de aplicar las normas comunes del Derecho civil patrio...; y la segunda, porque se limitó a precisar que las disposiciones vigentes en la materia «... admiten excepciones como la de que los terrenos estén sitos en zonas turísticas» (Decreto de 23 de diciembre de 1964), dándose por probado—lo que no fue impugnado en casación—que el terreno debatido «se encuentra en *zona exceptuada*...»; todo lo cual conduce a la estimación del único motivo formulado, en el que a través del número uno del artículo 1.692 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia violación del párrafo primero del artículo 4.º del Código Civil (edición de 1889) en relación con el 2.º de la Ley de 23 de octubre de 1935 y artículos 1.º y 4.º, apartado letra a), del Reglamento para la aplicación de la misma de 28 de febrero de 1936; estimación que supone la del recurso en su totalidad casando y anulando la sentencia recurrida...»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo confirma la del Juzgado, desestimando la demanda.

PODER PARA PLEITOS OTORGADOS EN EL EXTRANJERO: LEGALIZACION DEL MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES. SUSTITUCION DE PODER. EFECTOS DEL FALLECIMIENTO DEL PODERDANTE SUSTITUIDO (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1978).

Hechos.—El Procurador don Alvaro Romero A., en representación de don Maximino López y su esposa, formuló demanda contra doña Sara Fernández y doña María Lestia, sobre reconocimiento de propiedad de unos terrenos, señalando en el suplico de la demanda, que, como subsidiaria de la petición que proponía, y para el supuesto de que antes o en la tramitación del litigio haya fallecido o fallezca alguno de los demandantes, hecho desconocido de momento, se declare la propiedad de dichos terrenos a favor de la sociedad de gananciales disuelta y sin liquidar de los esposos don Maximino López y esposa, en cuyo supuesto se accionaría para la citada sociedad de gananciales.

Las demandadas contestan a la demanda oponiéndose al fondo de la cuestión y también impugnan la autenticidad formal como el contenido del aparente poder al que se alude en la escritura de sustitución, alegando falta de personalidad en el Procurador por ilegalidad o insuficiencia e inoperancia del poder.

El Juez de Primera Instancia de Puebla de Trives dictó sentencia estimando la demanda, declarando que los terrenos pertenecen a la sociedad de gananciales disuelta y sin liquidar que integraron los esposos en cuya representación actuó el Procurador.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, después de hacer uso de la diligencia para mejor proveer acordando la unión a los autos de la copia auténtica de la escritura de apoderamiento otorgada en Cuba, a favor de la señora Camila López y López, dictó sentencia confirmando la del Juzgado.

Las demandadas interponen recurso de casación por quebrantamiento de forma, alegando «falta de personalidad del Procurador de la parte demandante por ilegalidad e insuficiencia de poder», señalando que dicho Procurador compareció en autos, a nombre de los demandantes, con escritura de poder, otorgado por doña Camila López en España, sustituyendo el poder otorgado en Cuba, haciendo constar el fedatario español que el poder que se sustituye carece de la legalización por el Ministerio de Asuntos Exteriores español. Además, había fallecido hacía años el intitulado actor don Maximino López.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso, destacando los dos primeros «considerandos»:

«Considerando que en el primer motivo del presente recurso de casación por quebrantamiento de forma, con amparo procesal en el número segundo del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia 'falta de personalidad del Procurador de la parte demandante, por ilegalidad e insuficiencia del poder, con violación del párrafo primero del artículo 503 y del número cuarto del 600, en relación con el ordinal 1.º del 533, todos ellos de la misma ley procesal', cuya estimación es imposible por las razones que seguidamente se exponen: a) el Procurador de la parte actora, en su día, presentó junto con la demanda inicial del procedimiento de que traen causa estas actuaciones, un poder en regla acreditativo de su personalidad procesal, que fue el otorgado por doña Camila López y López, con autorización del Notario..., de acuerdo, precisamente con la exigencia del párrafo primero del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con lo que quedó acreditada su personalidad *ad procesum* evidenciándose que es inexacta la afirmación que, al respecto, se hace en el recurso; b) quien concede el referido poder, es decir, la mencionada doña Camila López, lo hizo por sustitución, haciendo uso de las facultades que le fueron concedidas por el matrimonio integrado por don Maximino López y López y doña Inés Pérez Fernández, con la escritura de apoderamiento de 2 de febrero de 1965, otorgada en la ciudad de La Habana (Cuba), poder éste que es el que se discute en el recurso al sostener que no estaba legalizado suficientemente en la forma requerida por el número 4.º del artículo 600 de la Ley adjetiva, con lo que se confunde la indicada personalidad del Procurador—consecuencia de la legitimación procesal, acreditada con el poder presentado—con la legitimación causal, concretada en este caso a dilucidar en la manera polémica con que se plantea, si aquel que otorgó el poder estaba o no en condiciones jurídicas sustantivas de otorgarlo, lo que no es una cuestión de forma, sino de fondo que excede del cauce procesal en que se formula; c) el único obstáculo que se opone al poder del sustituido en este caso es el de que habiendo sido otorgado, como se dijo, en la Habana, no estaba legalizado en la forma legalmente exigida para que pudiera surtir efectos en España; que el Notario español autorizante del poder referido que trae causa de aquél, dijo no concurrir en cuanto que faltaba la necesaria legalización del Ministerio Español de Asuntos Exteriores, suscitándose la consiguiente disputa al respecto, para dilucidar la cual, la única autoridad competente es la judicial que, pudiendo y debiendo aclararlo fehacientemente no puede quedar paralizada por la simple manifestación del Notario español autorizante, por lo que con acierto y haciendo uso de la facultad que para estos casos concede el artículo 340 de la Ley adjetiva, acordó como diligencia para mejor proveer, unir a los autos la discutida escritura cubana de otorgamiento de poder de 2 de febrero de 1965, de la que, sin duda alguna, resulta que lo dicho por el referido Notario español no es exacto, en cuanto que en aquélla consta expresamente la requerida legalización del Ministerio de Asuntos Exteriores, índice todo ello de que no es que la Sala sentenciadora haya subsanado defecto alguno, en cuanto al poder presentado, pues todo lo relacionado con él estaba en regla, sino que se limitó a constatar el error, sin duda material, que padeció el tantas veces citado Notario español, resolviendo la disputa que en relación con el mismo se había suscitado; d) el escrito de recurso ofrece una versión errónea no sólo en cuanto al asunto en sí según lo que se acaba de exponer, sino también por

lo que respecta al reflejo que aduce de lo que sostiene, dijo la sentencia impugnada, puesto que alega que ésta afirmó que el Notario español de referencia 'ha incidido en una falta de veracidad', cuando la estricta realidad de lo dicho fue que '... mientras no se demuestre que tal escritura (la otorgada en Cuba) carece de fundamento material en cuanto no responde a la verdad, demostración que no se llevó a cabo, tal instrumento producirá todos sus efectos y entre ellos... el de conceder a la parte demandante la necesaria legitimación causal que ampare su actuar'; doctrina general y práctica aplicativa que deben ser confirmadas en todos sus términos.»

«Considerando que el segundo de los motivos formulados, que lo es por el cauce del número uno del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega falta de emplazamiento en primera y segunda instancia de las personas que debieron haber sido citadas a juicio con violación de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado séptimo del artículo 9.º de la indicada Ley de trámites, en cuanto que no se citó a los herederos de don Maximino López y López una vez acreditado en autos su fallecimiento; motivo, igualmente desestimable, pues estando vigente la sustitución del poder de que antes se ha hecho referencia, habrá que estar al que otorgó el sustituto, o sea, doña Camila López y López, que es la auténtica poderdante del Procurador que actúa, en relación con la cual es imposible alegar el supuesto del artículo 9.º de la Ley de Enjuiciamiento, sin que por otra parte consten ni siquiera se conozcan las repercusiones que el fallecimiento de uno de los sustituidos pueda tener de acuerdo con la legislación del país en que se otorgó, respecto del poder de 2 de febrero de 1975, como tampoco se conoce la valoración que pueda tener el hecho de que fue dicho poder conferido conjuntamente por el matrimonio constituido por el fallecido y doña Inés Pérez Fernández, sometidos al régimen matrimonial de la sociedad de gananciales, a la que pertenecían los bienes en relación con los cuales se dio el poder, cuyo cese o revocación sería preciso demostrar para estar en condiciones de obtener consecuencias que repercutan en el que procesalmente entra aquí en juego, teniendo que ser de forzosa aplicación en España, en el entretanto, la norma del artículo 1.738 del Código Civil, a cuyo tenor, 'lo hecho por el mandatario ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos'; todo lo cual, es indudable que, además, afecta a cuestiones ajenas por completo al quebrantamiento de las formas del juicio que se pretende.»

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

PROPIEDAD HORIZONTAL: OBRAS DE LOCAL DESTINADO A FARMACIA QUE ALTERAN LA ESTRUCTURA GENERAL DEL EDIFICIO Y SU CONFIGURACION Y ESTADO EXTERIOR (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1978).

Hechos.—Don Francisco Severo Rodríguez P., por sí y en beneficio de sus hermanos y coherederos, interpone demanda contra don Ignacio Ma-

nuel R. Rodríguez, por encontrarse éste realizando en la fachada del edificio, del que son propietarios en régimen de propiedad horizontal actores y demandado, obras que afectaban a la configuración o estado exterior del mismo, sin la previa conformidad o autorización de los actores.

El demandado alega que es titular del local en la planta baja destinado a farmacia y que las obras realizadas consistieron en el cerramiento exterior de dicho local, por lo que no se trata de alteración de fachada, al no existir en la parte correspondiente el citado local.

El Juez de Primera Instancia de Los Llanos de Aridane dictó sentencia desestimando la demanda.

La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife revocó la sentencia del Juzgado, considerando, por el contrario, que las obras realizadas por el demandado en la fachada del edificio alteran la configuración y estado exterior del mismo, condenando al demandado a realizar las obras necesarias determinables en ejecución de sentencia para volver la fachada a su ser y estado anterior.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el demandado, por lo siguiente:

«Considerando que la cuestión que se ha planteado en el pleito, y que ahora se trae a casación, se reduce sencillamente a determinar si las obras realizadas en la parte externa del local destinado a farmacia—del demandado—, han modificado o no la estructura, seguridad, configuración o estado exterior del inmueble que pertenece en propiedad horizontal a ambos litigantes, y si, por tanto, dicho demandado ha infringido, o no, el artículo 7.º de la Ley de 21 de julio de 1960, sobre esa especial propiedad, al haberse llevado a cabo sin autorización de la comunidad propietaria del conjunto del edificio en que se realizaron.»

«Considerando que la sentencia recurrida, para fundamentar su tesis estimatoria de la demanda, tiene en cuenta las numerosas pruebas referentes al asunto, que fundamentalmente son: las diferentes fotografías aportadas, los informes técnicos de los folios 184 y siguientes, y 202, 203 y 204, sustancialmente iguales, y la documentación obrante a los 132, 175 y 176; y de ellas deduce 'que se ha producido notable alteración en la parte baja del edificio, consistente en: cambio de la piedra caliza roja por mármol blanco y cerámica azul; modificación sustancial en los huecos, y colocación de varias marquesinas y cajas luminosas, por lo que, entendiendo que en esa materia, el criterio que ha de seguirse, es sumamente severo, respecto de las modificaciones no autorizadas por la Comunidad, siquiera no exista más que otro partícipe, concluye proclamando que el demandado ha incidido en graves infracciones', y da lugar a la demanda en sus dos vertientes: declarativa y condenatoria.»

«Considerando que contra tal sentencia, el demandado condenado alza su recurso, en cuyo motivo primero, al amparo de igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sostiene que la resolución recurrida 'incide en interpretación errónea del artículo 7.º de la Ley... en relación con el 3.º de la propia Ley', según el recurrente: a) La Sala tan sólo admite acreditada la alteración de la parte baja de la fachada, en los puntos concretos que enumera y con base en los medios probatorios

que invoca, y tal alteración no puede ser interpretada como incurso en aquellas excepciones del párrafo primero del artículo 7.º, toda vez que la alteración introducida lo es—según dicho recurrente—en los elementos arquitectónicos e instalaciones de su *concreto espacio*, delimitado como susceptible de *aprovechamiento independiente*—tal y como define el artículo 3.º, letra a), de la propia Ley—, que era el local de farmacia, máxime cuando el recurrente adquirió dicho local—como acaece siempre respecto de los locales comerciales—*en estructura*, y fue quien ejecutó las *obras de cerramiento*, incluso *en fachadas*; b) El dictamen pericial obrante a los folios 184 al 188, aunque reconoce que efectivamente las obras alteran la composición total del edificio y de su planta baja en particular, no establece, sin embargo, como dispone el artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal, 'que ello altere o menoscabe la seguridad del edificio ni la estructura general y mucho menos que perjudique los derechos de otro propietario'; c) El acta de reconocimiento judicial afirma 'que las obras afectan única y exclusivamente a los locales de la farmacia del demandado, sin sobrepasar sus límites', y no afectan en absoluto a la estructura resistente del edificio, pues se ha respetado la configuración del mismo, y únicamente afectan a la estructura ornamental, es decir, las obras realizadas han modificado el aspecto externo del local con respecto a su estado anterior, ya que... los huecos existentes se han subdividido quedando, como es natural, más pequeños, y también se ha modificado la ornamentación o decoración exterior del local, y d) Por todo ello, 'es incuestionable que no se está ante los supuestos de excepción a que se refiere el artículo 7.º, párrafo primero, de la Ley especial, sino más bien a las obras de modificación de los elementos arquitectónicos o servicios de un local concreto, que constituyen el caso genérico, no exceptuado, del citado párrafo, en relación con el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre los pisos o locales independientes, a que se contrae el artículo 3.º, letra a), de la propia Ley'.

«Considerando que, en realidad, toda la argumentación del recurrente en este motivo, se limita a mantener que como las obras fueron realizadas en su local o espacio privativo y, además, no alteraban el resto del edificio, no pueden entenderse comprendidas en las excepciones del párrafo primero del mentado artículo 7.º, ya que no vienen a alterar la configuración total de la fachada.»

«Considerando que frente a las afirmaciones fácticas de la sentencia recurrida—que no se combaten adecuadamente—, no puede sostenerse que las obras ejecutadas por el demandado, por afectar solamente a la parte baja de la fachada, y no sobrepasar su espacio privativo no producen alteración en su configuración, porque ésta es, conforme al Diccionario, 'disposición de las partes que componen un cuerpo y le dan su peculiar figura'.

«Considerando que, además, debe destacarse que en el caso de autos, las obras se realizaron en elementos comunes del edificio, y no en los privativos del demandado, ya que, tanto las columnas de sostenimiento de las fachadas, como las paredes construidas entre esas columnas para cerramiento del edificio, no son de propiedad exclusiva del dueño de la vivienda o local al que sirven para aislarle de la calle; y por añadidura, se sustituyeron unas placas que recubrían esas columnas por otras de már-

mol y de cerámica, abriéndose en las paredes unas ventanas más pequeñas, pero en mayor número que las que antes había, todo lo cual comporta grave alteración de la configuración de dichas fachadas.»

«Considerando que en el motivo segundo, y al amparo también del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación, por su no aplicación, debiendo serlo, de los siguientes preceptos: 1.º Párrafo primero del artículo 3.º del Código Civil, relativo a la interpretación de las normas; 2.º Artículo 7.º del propio Código, referente al abuso del derecho.»

«Considerando que en la formulación de este motivo se incide en un grave defecto procesal, pues se plantean dos cuestiones jurídicas que debieron ser amparadas en dos diferentes motivos, contraviniéndose lo dispuesto clara y rotundamente en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su último párrafo, por lo que resulta inviable tal motivo.»

«Considerando que, aunque pudiera salvarse ese valladar procesal, y se entendiera que venían formuladas esas dos cuestiones en sendos motivos, tampoco éstos podrían prosperar: el primero, porque la interpretación social, que propugna para la norma, no puede desvirtuar el claro tenor de la misma, que ya queda examinado; y el segundo, porque la cuestión del alegado abuso del derecho, no fue propuesta en la fase procesal oportuna, y sobre ella no se pronunció ni tenía por qué pronunciarse el Tribunal de Instancia, por lo que merece el calificativo de 'nueva', y no puede ser examinada en casación.»

TERCERIA DE DOMINIO SOBRE ELEMENTOS DE CALEFACCION DE UN INMUEBLE NO INCORPORADOS TODAVIA AL MISMO. NO SON INMUEBLES. CONTRATO DE OBRA (SENTENCIA DE 26 DE ABRIL DE 1978).

Hechos.—La Cooperativa de Vivienda Torre Enlace formuló demanda sobre tercería de dominio contra don Fernando G. Santos y Construcciones El Entrego, S. L., alegando que en autos de juicio ejecutivo seguidos por el citado don Fernando contra la entidad últimamente señalada, se trabó embargo sobre 37 calderas de gas «Junkers», 400 radiadores de distintos elementos, tipo y altura, todos ellos para calefacción, una electro-bomba «Prat» de elevación de agua y una llave de paso «Vill» de media pulgada, que se encontraban en el edificio en construcción propiedad de la entidad actora tercerista, por todo lo cual debía alzarse el embargo, dejándolo sin efecto.

Contestó a la demanda don Fernando G. Santos, alegando que los bienes embargados no estaban aún instalados en el edificio.

El Juez de Primera Instancia de Oviedo dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Seijas Martínez, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte actora, destacando los siguientes «considerandos»:

«Considerando que examinados conjuntamente los motivos tercero y cuarto, por así requerirlo la circunstancia de versar ambos sobre el título

dominical que en su favor invoca la entidad actora con relación a los bienes objeto de la tercería, los dos se amparan, lo mismo que el anterior, en el párrafo primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación de los artículos 1.592, 1.594, 1.595, 1.597 y 1.598 el primero de los enumerados, y por violación del artículo 334, en sus números 3.º 4.º y 5.º; el segundo, todos ellos del Código Civil, y han de correr igual suerte desestimatoria que los dos primeros, pues con relación al motivo tercero no puede válidamente sostenerse que la calificación de dueño de la obra que atribuyen los artículos que como infringidos se citan, con respecto al que por su cuenta y encargo se realiza aquélla, sea título bastante y eficaz para reivindicar los materiales que se encuentren dentro de la misma, para emplearlos en ella, pues no debe olvidarse que en el caso presente la Cooperativa demandante concertó con la Sociedad constructora, deudora ejecutada del demandado señor García Santos, la edificación de un bloque de viviendas siendo de cuenta de ésta los materiales, por lo que dicho contrato, más conocido por contrato de empresa, ha de estimarse, como la resolución impugnada así lo estima, que es la naturaleza mixta, por darse en él las características del contrato de arrendamiento y el de compraventa, y en definitiva, cabe calificar esta compraventa como de cosa futura, pues la obligación de pagar el precio convenido, de no haber pacto en contrario, ha de cumplirse al hacerse entrega por el contratista de la obra construida, en este caso la edificación convenida, conforme establece el artículo 1.598 del Código Civil, en cuyo momento se consuma, por la tradición, el contrato, de lo que se infiere que, en el caso objeto del presente recurso, la actora no podía tener el dominio sobre los materiales objeto de la tercería por no haber acreditado su adquisición en la fecha en que el embargo de los mismos tuvo lugar, los cuales, por otra parte, tampoco habían sido instalados en la edificación a la que iban destinados, pues tal hecho se realizó con posterioridad, no sólo a dicho embargo, sino también a la fecha en que de la traba tuvo conocimiento la recurrente por la comunicación que a tal efecto le dirigió el Juzgado haciéndola saber había de conservarlos a disposición del mismo, hechos éstos que ponen de manifiesto la imposibilidad de aplicar el artículo 334, en sus números 3.º, 4.º y 5.º, cuya infracción por violación se acusa en el cuarto motivo del recurso pues, abstracción hecha de que tales normas—definidoras de la condición de bienes inmuebles de los de naturaleza mueble a ellos agregados por incorporación o destino—no puedan ser de aplicación en los supuestos contractuales, como la sentencia recurrida declara, lo cierto es que en la fecha del embargo los radiadores y demás elementos que habían de integrarse en el montaje de la calefacción, y fueron objeto del mismo, se encontraban dentro del edificio en construcción, del que por unilateral decisión se había posesionado la actora, pero sin haber sido incorporados a éste mediante la adecuada instalación, toda vez que ésta se produjo con posterioridad y a pesar de saber la recurrente que se encontraban a disposición del Juzgado en el proceso de ejecución en que dicho embargo tuvo lugar, y sabido es que siendo el objeto de toda tercería de dominio, promovida al amparo del artículo 1.535, en relación con el 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la restitución de bienes pertenecientes a quien los reclama, la condición de éstos ha de referirse a la que tenían a la fecha en que fueron embargados, por lo que no pueden ser objeto de transformación o cambio en su naturaleza

o características fundamentales agregándolos o incorporándolos a otros como parte inseparable de ellos, de lo que se deduce que la tercera objeto del recurso no puede prosperar dada la ausencia de un título eficaz de dominio que pudiera acreditar el que la tercerista pretende tener sobre los bienes embargados cuya mera tenencia tenía, a la cual incumbía probar ese pretendido derecho dominical, conforme al artículo 1.214 del Código Civil, prueba que había de consistir en justificar su adquisición mediante la correspondiente entrega del precio.»

**ACCESION INVERTIDA: REQUISITOS. DIVISION DE COSA COMUN.
RENDICION DE CUENTAS POR EL ADMINISTRADOR (SENTENCIA DE
6 DE MAYO DE 1978).**

Hechos.—Doña Antonia Garay E. formuló demanda contra don Aquilino Garay Ercilla y su esposa doña Angela Garay Elcorobarrutia, hermana de la actora, alegando que le pertenece la mitad indivisa de la finca urbana que describía y que el demandado venía cobrando las rentas de los arriendos que existen en la finca, sin que haya abonado a la actora todo lo que le correspondía. Por ello, suplica se dicte sentencia por la que se condene a los demandados a abonar a la actora la cantidad de 551.000 pesetas en concepto de liquidación de las rentas percibidas correspondientes a ella, más los intereses legales desde la fecha en que se pruebe habérselos reclamado judicial o extrajudicialmente; y que se proceda a la división de la cosa común entre las partes, y si se estimara que ésta es indivisible o que desmerecería mucho con su división, se venda en pública subasta con reparto del precio obtenido por mitad.

Los demandados contestan diciendo que una serie de construcciones existentes sobre la finca les pertenecen a ellos exclusivamente por haberlas edificado a su costa con buena fe, por lo que tienen derecho a la adquisición de la mitad indivisa del terreno correspondiente a estas edificaciones mediante el pago de su precio, en base a la aplicación de la doctrina de la accesión invertida.

El Juez de Primera Instancia de Vergara dictó sentencia condenando a los demandados a abonar a la actora la suma de 503.437 pesetas con cincuenta céntimos, en concepto de liquidación de rentas percibidas correspondientes a la actora, más los intereses legales, y dividiendo la finca común, adjudicaba a los esposos demandados la parte de terreno que se corresponde con la zona industrial, Polígono 24 del Plan General de Ordenación Urbana de la Villa de Arechavaleta en una extensión de 2.507 con cincuenta metros cuadrados, y a la demandante la parte restante del inmueble.

Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona dictó sentencia condenando a los demandados a abonar a la actora la suma de 463.283 pesetas con once céntimos, en concepto de liquidación de rentas percibidas, más los intereses legales, y dividiendo la finca común, adjudicaba a la actora la parte correspondiente a la zona residencial más los 587,67 metros cuadrados de zona industrial y a los demandados el resto total de la zona industrial, aparte de otras declaraciones.

rectificar el error padecido reconociéndose que lo que verdaderamente se había comprado era el apartamento número dos; que, con posterioridad a la última escritura de rectificación, la señora Keller obtuvo anotación preventiva de una demanda que interpuso contra los otros demandados, solicitando se dictara sentencia ordenando la inscripción a su nombre del apartamento número dos de la expresada urbanización. Suplica el actor se dicte sentencia declarando el dominio del apartamento indicado a su favor y decretando la cancelación de la anotación preventiva de referencia.

La demandada señora Keller alega la excepción dilatoria por defecto legal en el modo de proponer la demanda, dado que se usaban los términos de tercería de dominio, cuando aquí no se estaba ante ningún embargo. Además, señala que basta mirar el Registro de la Propiedad para comprobar que el actor compró el apartamento cinco y no el dos.

El Juez de Primera Instancia de Tarragona número uno dictó sentencia estimando la demanda de tercería de dominio.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia estimando el recurso de apelación interpuesto por la demandada y absolviendo de la demanda a esta última.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor, por lo siguiente:

«Considerando que la acción propiamente reivindicatoria sólo puede prosperar acreditándose cumplidamente los tres requisitos siguientes, a saber, el dominio del actor, identificación de la cosa reclamada y posesión o detentación de la misma por el demandado, y en cuanto a la acción meramente declarativa o de constatación de propiedad, que no exige que el demandado sea poseedor o detentador, acreditando la concurrencia de los dos primeros requisitos antes indicados, teniendo establecido la Jurisprudencia de esta Sala, que tales requisitos son hechos cuya declaración corresponde a los Tribunales de Instancia, y su criterio ha de respetarse en casación a menos que prospere la impugnación que se formule por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bastando la falta de cualquiera de ellos para desestimar la acción, sin necesidad de comparar las respectivas situaciones jurídicas del actor y del demandado.»

En los restantes «considerandos», la sentencia señala que ha quedado firme la declaración de que el actor no ha probado el justo título de dominio en que ampara la reivindicación del apartamento, sin que las pruebas que invoca en el recurso sean suficientes por haber sido tenidas en cuenta por el juzgador de instancia.

DECLARACION DE EXISTENCIA DE UN PASO COMUN QUE SEPARA DOS FINCAS. NO ES CONTRADICTORIA CON LA DECLARACION DE QUE LAS FINCAS ESTAN LIBRES DE CARGAS (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1978).

Hechos.—Dan Arsenio Rodríguez H. y su esposa interponen demanda contra doña Joaquina Hernández P. y su esposo y contra don Pascual Hernández M. y su esposa, suplicando se dictara sentencia declarando que

la finca urbana y corral anexo descubierto descrita en la demanda pertenece en propiedad exclusiva a los consortes demandantes y que linda por la derecha entrando con calleja o paso y demás linderos que señalaba; que existió un acuerdo firmado en documento de dejar un paso de cuatro metros, que afecta a los demandados; y que se declare la nulidad de la donación de doña Joaquina y esposo a favor de los otros demandados.

La parte demandada contesta oponiéndose y formula reconvencción suplicando se declare que la finca de don Pascual Hernández M. y esposa tiene los linderos que señalaba, entre ellos, por la izquierda con la finca del actor Arsenio Rodríguez; que dicha finca del demandado está libre de cargas y servidumbres y, concretamente, que no existe a favor del actor servidumbre de luces y vistas ni de paso; que la donación es válida, y en consecuencia que se condene al matrimonio reconvenido a dar posesión a los demandados del trozo de solar en litigio.

El Juez de Primera Instancia de Teruel desestima la demanda, declarando que no ha lugar a señalar que la finca de los actores linde por la derecha entrando con calleja o paso, absolviendo de todos los pedimentos a los demandados; y respecto a la reconvencción, declara no haber lugar a la posesión judicial a los reconvinientes del terreno que se pretende, pero declarando que la finca de los demandados linda por su izquierda con terreno propiedad de don Arsenio Rodríguez, y que dicha finca, en esta colindancia, está libre de servidumbres de luces y vistas y de paso. Asimismo declara la validez de la donación y que está amparada por la Ley Hipotecaria la inscripción de la finca de los demandados en el Registro de la Propiedad de Teruel.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza da lugar en parte a los recursos de apelación interpuestos por actores y demandados, declarando que la casa y corral anexo de los actores linda por la derecha entrando con la calle o paso que la separa de la finca de los demandados, que existe un acuerdo firmado dejando un paso de cuatro metros de ancho, no dando lugar a la declaración de nulidad de la donación ni del asiento registral de la misma. En cuanto al recurso de los demandados, declara que la finca de éstos linda por su izquierda con el paso común y no con la casa de los actores, y que está libre de cargas y servidumbres, pudiendo edificar en ella respetando el paso común, y que es válida la repetida donación, si bien la escritura debe ser rectificadora en cuanto a su lindero izquierdo, que es paso común y no la finca de los actores, debiendo rectificarse en igual sentido la inscripción registral, siendo válida en lo demás.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al mismo, destacando el «considerando» segundo.

«Considerando que en el motivo tercero y con amparo procesal en el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega que el fallo de la sentencia recurrida contiene disposiciones contradictorias por lo que no se ajusta a lo requerido en el 359 de la propia Ley que resulta violada por falta de aplicación, concretando la denuncia en relación con los puntos primero y segundo de dicho fallo relativos a la reconvencción que en su día formularon los demandados y ahora recurrentes; motivo que

tampoco puede ser acogido, pues lo que hace el Juzgador es declarar la propiedad en favor de los reconvinientes, de la casa número 19 de la calle de San José de la localidad de Villalba Baja (Teruel), precisando que su linde izquierdo no es la casa de los demandantes, como pretendían aquéllos, sino el *paso común* que separa ambas casas, lo que en modo alguno se contradice con lo que después se afirma de que 'la expresada casa está libre de cargas y servidumbres', contradicción que no tiene otro fundamento sino la afirmación de los hoy recurrentes de que dicho *paso*—de cuatro metros de anchura—es de su propiedad y que su mantenimiento implica la imposición de una servidumbre de paso, con lo que, sin duda, se está haciendo supuesto de la cuestión atinente al dominio que el Juzgador niega expresamente y con ello, por tanto, la pretendida servidumbre, de acuerdo con el resultado de la prueba practicada en instancia.»

RETRACTO DE COMUNEROS: NO CABE CUANDO LA ENAJENACION QUE LO MOTIVA ES A FAVOR DE OTRO COMUNERO, AUNQUE ESTE SEA MAS MODERNO EN LA COMUNIDAD QUE EL ACTOR (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1978).

Hechos.—Don Pablo Clemente C. interpone acción y demanda en juicio de retracto de comuneros contra don Mario F. Carreras, fundada en que la Sociedad Vecinos de Monte de Artasona (comunidad civil, propiedad o copropiedad) ostenta la propiedad sobre unas fincas perfectamente delimitadas y concretadas y que dicha sociedad y la integridad de sus comuneros, con excepción de dos de ellos habían vendido todas sus participaciones y derechos que ostentaban sobre el mencionado monte y fincas que lo componen—sus derechos de comunidad o copropiedad sobre aquél—, siendo su comprador el demandado. Suplica se dicte sentencia condenando al demandado comprador a que otorgara a favor del retrayente escritura pública de compraventa.

El demandado alegó la caducidad de la supuesta acción—caso de que existiere—, por haber transcurrido el plazo para su ejercicio, y además, no tenía virtualidad la acción ejercitada por el demandante, porque faltaba la premisa esencial que da vida al retracto de comuneros, ya que la enajenación no era a un extraño, sino que el demandado había ingresado con anterioridad en la comunidad, desde la adquisición de una parte en el año 1973.

El Juez de Primera Instancia de Barbastro dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza.

El actor interpone recurso de casación por inaplicación del artículo 1.522 del Código Civil, a base de una interpretación teleológica del mismo, diciendo que no puede considerarse comunero a quien no explota sus tierras en la comarca y siempre ha sido ajeno a ella, y que la finalidad del retracto de comuneros es de carácter económico, tendente a disminuir los efectos perjudiciales de la desmembración dominical.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara no

haber lugar al recurso, y después de hacer una exposición de los hechos que hemos transcrito más arriba, señala lo siguiente:

«Considerando que la resolución de primer grado desestima la demanda interpuesta, fundándose en que, aunque la acción ejercitada lo había sido dentro del plazo, sin embargo, en ambos litigantes concurren una serie de circunstancias que bien pueden calificarse de equivalentes: a) ambos adquirieron patrimonios de Artasona a personas que ya no residían en la localidad; b) ninguno de los dos vive en ella, sino que están domiciliados en otras poblaciones y se dedican, principalmente a cometidos distintos de los de propietarios y cultivadores de las fincas de aquellos patrimonios; c) sin embargo, ambos son miembros de la sociedad por haberles concedido ésta tal cualidad, por todo lo cual, la demanda tiene que ser desestimada, porque el demandado también forma parte de dicha sociedad, y sin que la mayor antigüedad de su ingreso en ella pueda comportar ninguna preferencia, ni tampoco el que el actor esté más directamente relacionado con la explotación de sus fincas puedan desvirtuar la cualidad de socio en dicho demandado.»

«Considerando que la sentencia de la Audiencia, aceptando sustancialmente los fundamentos de la de primer grado, reitera que desestima la demanda, porque 'el demandado, don Mario Falcón C., que compró las participaciones indivisas que pretende retraer el demandante, no es extraño a la comunidad, sino, por el contrario, miembro de la misma y titular de sus derechos', y el retracto sólo procede cuando 'la enajenación que la origina se haya realizado en favor de un extraño', según viene ordenándose en nuestra legislación a partir de la Ley 55 del Título quinto de la Partida V.»

«Considerando que, por lo que expuesto queda, se demuestra que la cuestión que ahora se plantea en el recurso, no ha sido alegada en la fase procesal oportuna, por lo que merece el concepto de nueva sin que pierda este carácter, por haber sido tratada, quizá oficiosamente, por el órgano jurisdiccional de primer grado.»

«Considerando que, además, tampoco esas especiales circunstancias que según el recurrente concurren en él, y no se dan en la contraparte, tendría eficacia suficiente para despojar al demandado de su cualidad de miembro de la comunidad, puesto que el retracto de comuneros tiene por finalidad la de evitar que entre en la comunidad otra persona que sea ajena a ellos, lo cual no ocurre en el caso de autos, en que actor y demandado son miembros de la sociedad o comunidad que es propietaria o titular de la totalidad de las participaciones de sus componentes; esas alegadas circunstancias, que indica el recurrente, no son contempladas por la Ley, que sólo exige que el demandado comprador sea *extraño*—artículo 1.522 del Código Civil—.»

RETRACTO DE COLINDANTES: NO PROCEDE POR SER URBANA LA FINCA SEGUN EL TRIBUNAL DE INSTANCIA. CRITERIOS DE CALIFICACION DE LA FINCA COMO URBANA Y REFERENCIA A LA LEGISLACION DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. EL PROBLEMA DEL MOMENTO AL QUE HAY QUE REFERIR LA CALIFICACION (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1978).

Hechos.—Don José González C. formuló demanda contra doña María López J. sobre retracto de colindantes de finca rústica, suplicando se dictara sentencia declarando haber lugar al mismo, condenando a la demandada a que, dentro de tercero día, otorgue a favor del retrayente escritura de venta de la finca.

La demandada se opone contestando que la finca es urbana, así como la colindante del actor, y que aún antes de su adquisición tenía tal carácter, aunque la oportuna autorización para edificar sobre ella, se solicitó una vez adquirida la misma.

El Juez de Primera Instancia de Monforte de Lemos dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el actor, por lo siguiente:

«Considerando que a los efectos de la resolución del recurso, interesa hacer constar que la única cuestión debatida en la litis y resuelta por la sentencia lo es, si la finca que se intenta retraer es rústica, como afirma el actor o urbana como opone el demandado, mas en los tres motivos, con los que se articula el recurso, todos ellos por la vía del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al respectivamente denunciar la violación del artículo 1.214 del Código Civil, la aplicación indebida del apartado c) del artículo 2.º de la Ley de 15 de marzo de 1935 y la violación del párrafo primero del artículo 1.523 del Código Civil, se trata de justificar que los hechos declarados probados y de los que el Juzgador llega a la conclusión de ser urbana la finca y, por tanto, a su fallo absolutorio de la demanda, están remitidos a la fecha del ejercicio de la acción de retracto y no a la de la transmisión de la finca, y como dicho argumento ni fue objeto de discusión en la litis ni de examen y resolución en la sentencia ha de ser tenido como nuevo y, por tanto, no susceptible de ser traído al recurso.»

«Considerando que además la desestimación de los tres motivos también lo impone, el que en relación al primero, si como se reconoce por el propio recurrente, el Juzgador para llegar a calificar como de urbana la finca se sirvió de los hechos declarados como probados, no violó el artículo 1.214 regulador de la carga de la prueba; hechos declarados probados que no están haciendo referencia a tiempo, fecha o momento determinado, lo que tampoco permite remitirlos al en que tuviera lugar la perfección del contrato traslativo del dominio, el que en verdad resulta desconocido sin que por tanto se pueda afirmar se haya podido realizar una variación o cambio en la naturaleza de la finca que se califica como de urbana en la litis, entre uno y otro momento cuando, por el contrario,

en dichos hechos los hay, como lo son, el de la distancia de la finca al núcleo urbano que constituye la capitalidad de aquella zona, el de su proximidad a edificaciones industriales y comerciales o intercesión de caracteres, que denotan venir existiendo desde cierto tiempo atrás al ejercicio de la acción; en cuanto al segundo y en cuanto que además de aquella remisión al tiempo de la transmisión de la finca, también se quiere hacer valer su inaplicabilidad de un precepto regulador de los arrendamientos rústicos a materia ajena a los mismos, como lo es la del retracto de colindantes regido por el Código Civil, es lo cierto que ya cuida el Juzgador de Instancia de señalar y razonar que se sirve de lo determinado en el invocado precepto a mayor abundamiento y en lo que del mismo se puede proyectar a los fines de calificar una finca de rústica o urbana en materia que no es la regulada por la Ley en la que está inserto, por razones analógicas dada su indiscutible semejanza e identidad de razón a los señalados fines, ello independientemente de que en el presente supuesto el Juzgador llegue a calificar de urbana la finca que se intenta retraer en atención a una serie de factores interpretativos que no son los específicos del referido apartado, y por último, y en lo que respecta al tercero de los motivos, al no hacer el recurrente sino supuesto de la cuestión.»

ACCION REIVINDICATORIA DEL ESTADO SOBRE UN CASTILLO. BIENES VACANTES. ADQUISICION DEL DOMINIO POR LEY. FRENTE AL DERECHO QUE OSTENTA EL ESTADO SOBRE EL CASTILLO, NO ES SUFICIENTE QUE EN LA INSCRIPCION DE LA FINCA DEL DEMANDADO FIGURASE EN INSCRIPCIONES POSTERIORES A LA PRIMERA, QUE EXISTIAN LAS RUINAS DE UN CASTILLO, CUANDO EN REALIDAD ESTABA UBICADO EN LA FINCA COLINDANTE SIN DUEÑO CONOCIDO (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1978).

Hechos.—El Abogado del Estado, en su genuina representación, presentó demanda sobre reivindicación del castillo de Forna contra doña Amelia, doña Isabel y doña Angeles Estévez V., suplicando se dictara sentencia declarando que el Estado es propietario del citado castillo y que éste no se encuentra en la parcela propiedad de las demandadas, por lo que no les ha podido ser transmitido en los títulos de compraventa de su finca, ordenándose la cancelación parcial de las inscripciones segunda y tercera causadas en el Registro de la Propiedad de Pego, a nombre de las demandadas, suprimiéndose la frase «dentro de esta finca existen las ruinas de un antiguo castillo» y subsistiendo sólo en cuanto a lo demás.

Una vez contestada a la demanda y seguidos los demás trámites, el Juez de Primera Instancia número tres de los de Alicante dictó sentencia desestimando íntegramente la demanda.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, en el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, dictó sentencia revocando la del Juzgado y estimando la demanda.

La parte demandada interpone recurso de casación, destacando como motivos la aplicación indebida del párrafo primero del artículo 21 de la

Ley de Patrimonio del Estado, en relación con lo dispuesto en los artículos 609, párrafos 1.º y 2.º; artículos 610 y 348 del Código Civil, la interpretación errónea del artículo 22 de la citada Ley y del 348 del Código Civil, la no aplicación del artículo 1.940 del Código Civil y 35 de la Ley Hipotecaria.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que el origen de las presentes actuaciones hay que ponerlo en un pleito anterior en que la representación del Estado pretendió la reivindicación del castillo de Forna, sito en el término de Absubia-Forna del partido judicial de Pego (Alicante), dirigiendo su acción contra los que ahora figuran como recurrentes que traen causa de su padre don Bartolomé Estévez J., habiendo quedado acreditados en instancia los siguientes hechos: 1) éste adquirió la parcela señalada con el número 41 del Polígono 12 de aquella localidad, en una subasta derivada del expediente de apremio seguido por descubiertos de la contribución territorial rústica, contra los herederos de don José Rocher, formalizándose la correspondiente escritura pública el 21 de junio de 1958, sin que ni en la titulación de lo transmitido, ni en su constatación escriturada y registral constase para nada la existencia del castillo que, por el contrario, aparece emplazado en la parcela 42 (que propiamente rodea a aquél), propiedad de doña Catalina Alemany Pérez, en el extremo opuesto de ésta que es colindante con la parcela número 19; 2) que ello no obstante, cuando el referido adquirente causante de los hoy recurrentes, vende la mencionada parcela número 41 a su hija Amelia, con escritura notarial de 8 de marzo de 1960, dice y así se escritura con posterior constancia registral, que 'dentro de la finca existen las ruinas de un antiguo castillo', sin aducir justificación alguna de esta variante respecto del título transmisor en que se basaba, cuando, según se ha dicho, las referidas ruinas no estaban incluidas en la parcela adquirida que ahora se vendía, manteniéndose sin embargo la misma mención en la posterior venta que la entonces adquirente—o sea, doña Amelia—rizo de una parte indivisa a sus hermanas Isabel y Angeles; 3) que el Estado inició un expediente de investigación el 28 de enero de 1971 en el que se demostró cuanto antecede y del que resultó, además, que el discutido castillo nunca había sido propiedad particular, con apoyo en todo lo cual interpuso la acción reivindicatoria al principio aludida que, aunque desestimada en primer grado, fue, en cambio, acogida íntegramente por la sentencia que es objeto de este recurso.»

«Considerando que de acuerdo con la conocida, por lo reiterada, doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, para la prosperabilidad de la acción reivindicatoria, que es según se ha dicho la ejercitada en este caso, se requiere la concurrencia de tres requisitos insoslayables: identificación del objeto, título del reivindicante y mera detentación de aquél contra el que se ejercita, de los que aquí el primero, de índole objetiva, no ofrece la menor duda estando como está perfectamente identificado el castillo en cuestión, no sólo en cuanto a su descripción intrínseca, sino también por lo que se refiere a su emplazamiento, a pesar de lo que digan las escrituras de las dos últimas adquisiciones y conste en la ins-

cripción registral, según se declaró probado en la instancia, como hecho que no ha sido ni siquiera intentado desvirtuar en casación por el único cauce procesalmente adecuado del ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; habiéndose originado la disputa en torno a las otras dos exigencias de orden subjetivo, relativas al actor y al demandado y no sólo en cuanto a las respectivas situaciones jurídicas, sino incluso en relación con las personas contra las que la acción debería haberse dirigido que constituye el tema del motivo primero del recurso donde a través del número uno del artículo 1.692 de la Ley Procesal se alega violación por no aplicación de la doctrina legal relativa al principio del 'litisconsorcio pasivo necesario' contenida en las sentencias de este Tribunal Supremo que cita, con base en que si según resultó de la prueba el castillo está enclavado no en la parcela 41 de los demandados—ahora recurrentes—, sino en la 42 que pertenece a dueño distinto—Catalina Alemany Pérez—, ésta debió haber sido llamada a juicio, pues caso contrario podría resultar condenada sin ser oída, lo que carece de todo fundamento siendo obligada la desestimación del motivo porque el alegato, que ya se hizo en forma de excepción por los en su día demandados al contestar la demanda inicial del procedimiento, fue expresamente rechazada por la sentencia de Primera Instancia con pronunciamiento que quedó firme al haberse aquietado con él dichos demandados que no apelaron ni se adhirieron a la apelación; y si bien es cierto, como se dice en el recurso con apoyo en la doctrina jurisprudencial, que dado el carácter público que el requisito implica, puede ser estimado de oficio por los Tribunales, no lo es menos que ello constituye una facultad de los mismos a los que no se puede compeler a rectificar una decisión anterior consentida por las partes, en sentido negativo, cuando no se aducen nuevos hechos ni argumentos jurídicos que respalden la pretensión, con los que no pueden equipararse las hipotéticas consecuencias de una imaginaria accesión de que habla la parte recurrente, en relación con la parcela número 42, cuya propietario fue ajena a cuantos problemas se ventilaron en el pleito precedente.»

«Considerando que el título alegado por el Estado en su calidad de actor-reivindicante, fue la ley, con apoyo en la posibilidad que permite el párrafo segundo del artículo 609 del Código Civil que la pone como uno de los modos de adquirir la propiedad y demás derechos reales, sin que como dice la sentencia recurrida haya base alguna para afirmar que el castillo discutido pudiera tener la consideración de bien de dominio público del número segundo del artículo 339 del mismo Código, en razón a su destino a un servicio público como obra de defensa del territorio nacional, ni siquiera que lo hubiese sido quedando desafectado y pasando a ser de propiedad del Estado, a que se refiere el artículo 341 (aunque pudiera pensarse en ello como posibilidad) preceptos que no son aplicados ni debida ni indebidamente como se sostiene en el motivo cuarto del recurso, en cuanto que incluso se razona la inaplicación, lo que obliga a la desestimación del motivo; circunstancias negativas las mencionadas, que se complementan con otra de la misma índole consistente en que no hay constancia de que, hasta que lo hacen figurar como de su propiedad los hoy recurrentes en 1960, el castillo o sus ruinas hubiera sido del dominio particular, lo que evidencia que antes de esa fecha fue un bien inmueble *vacante* o sin dueño conocido que indefectiblemente quedó afectado por la denominada Ley de Mostrencos de 9 de mayo de 1835 que, además del

genérico derecho de propiedad, atribuía la facultad de apropiación (artículo tercero), mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria con arreglo a las leyes comunes (artículo cuarto) y con la carga de la prueba de que el poseedor o detentador no era el verdadero propietario (artículo sexto).»

«Considerando que esta facultad, amparada en aquella atribución, continuó existiendo legalmente después de la publicación del Código Civil en 1889, sea cual fuere la opinión que se acepte acerca de la compatibilidad de éste con dicha Ley de Mostrencos, pues aun admitiendo la posibilidad de que los inmuebles vacantes puedan ser poseídos por particulares, ello sería mientras el Estado no ejercite la acción reivindicatoria que había de prosperar siempre que aquéllos carezcan de título bastante en Derecho o no acrediten haber transcurrido el tiempo necesario para adquirir por usucapión, al modo como ya dijo este Tribunal Supremo en las sentencias de 18 de diciembre de 1928 y 12 de noviembre de 1956; normativa que sustancialmente fue seguida por la vigente Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964 (texto articulado de la Ley de Bases), que después de declarar en el artículo 21 que 'pertenecen al Estado, como bienes patrimoniales, los inmuebles vacantes y sin dueño conocido', añade en el artículo 22 que 'también corresponden al Estado los bienes inmuebles detentados o poseídos *sin título* por entidades o particulares pudiendo *reivindicarse* con arreglo a las leyes', que no son contrapuestos ni mucho menos contradictorios, pues el primero sienta el principio general de la pertenencia en favor del Estado respecto de los bienes que están vacantes de hecho y de Derecho y en el segundo se hace aplicación del mismo al supuesto de vacancia solamente jurídica, o sea, que existan meros detentadores o poseedores, teniendo la acción reivindicatoria como título, la ley que atribuye la propiedad (art. 21); todo lo cual conduce a la desestimación de los motivos 2.º y 3.º, donde respectivamente se alega aplicación indebida del artículo 21 e interpretación errónea del 22 de la referida Ley Especial; y asimismo del 5.º, donde se dice se aplicó indebidamente el artículo 348 del Código Civil porque, contrariamente a cuanto queda expuesto, se afirma que no se acreditó el dominio del actor fundado en un justo título.»

«Considerando que frente al título que presenta el Estado, los poseedores actuales ofrecen uno a todas luces insuficiente puesto que el castillo, objeto de la reivindicación no figura, como se dijo, en el título originario, de que trae causa su situación, que fue la escritura pública de venta de 21 de junio de 1958, consiguiente a la subasta de la parcela número 41 del Polígono 12 de Absubia-Forna, efectuada a consecuencia del impago de impuestos a la Hacienda, escritura en que no se menciona el castillo, simplemente porque no está ubicado en dicha parcela, sino en la parte opuesta de la parcela número 42, por lo que, cuando en las dos ventas posteriores se dice que '*dentro de la finca* existen las ruinas de un antiguo castillo', se comete una doble inexactitud, fáctica y jurídica, que quita todo valor al título alegado por los actuales recurrentes; los cuales, por otra parte y justo por cuanto se acaba de referir—conforme en un todo con el resultado de la prueba practicada en instancia que no fue desvirtuada en casación—, no están tampoco en condiciones de alegar la buena fe necesaria para poderse amparar en la usucapión ordinaria o decenal del artículo 1.957 del Código Civil, debiendo ser aplicado el plazo de treinta años del 1.959, que no transcurrió por completo, habida cuenta de que

habrá de contarse a partir de la indicada escritura inicial de la actual situación que como se termina de recordar es de 21 de junio de 1958, lo que lleva consigo la desestimación del motivo séptimo en que se denuncia la violación por inaplicación de los artículos 609, párrafo segundo, 1.957, 1.963, párrafo segundo, y 1.940, todos ellos del Código Civil, y 35 de la Ley Hipotecaria.»

J. M. G. G.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

OPUESTA LA EXCEPCION NON ADIMPLETI CONTRACTUS, NO PUEDE EL DEMANDADO RECONVENIR AL ACTOR SIN OFRECER EL CONTRAVALOR CORRESPONDIENTE (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Por el juego propio de la excepción de contrato incumplido, o la de incumplimiento inexacto, cada contratante puede negarse a realizar su prestación si el otro no ha dado efectividad o no ofreció cumplir simultáneamente la suya mediante la llamada ejecución «mano a mano», pero la fuerza de los mismos fundamentos lleva a entender que opuesta la excepción de derecho sustancial, se trate de la *non adimpleti contractus* o bien de la *non rite adimpleti contractus* y, por consiguiente, afirmado el derecho de abstenerse provisionalmente de cumplir en tanto el otro sujeto del negocio no realice la contraprestación, el equilibrio entre las obligaciones recíprocas no permite al demandado que opuso el cumplimiento contractual o el cumplimiento regular, reconvenir instando la condena del actor a la práctica del comportamiento que constituye el objeto de la obligación o a la rectificación de los defectos en el *dare* o *facere*, si no ofrece por su parte el contravalor correspondiente, y en tal sentido la exigencia de esa simultaneidad en las prestaciones, expresamente declaradas en algunos ordenamientos foráneos, que operará siempre que no se hallen distanciadas en el tiempo, significa también en nuestro derecho positivo que la pretensión de cumplimiento de una obligación sinalagmática sólo puede prosperar cuando el accionante ha cumplido a su vez la propia, o si a la hora de deducir la petición ofrece el cumplimiento de la prestación a su cargo, como se desprende claramente del artículo 1.100, *in fine*, del Código; consecuencia que además viene impuesta por la pauta de buena fe que habrá de presidir el ejercicio de los derechos y singularmente la ejecución de los contratos.

LA FIJACION DEL PRECIO EN LAS VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL ESTA SUSTRADA A LA LIBERTAD DE CONTRATACION (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—La libertad de contratación proclamada por el artículo 1.254 del Código Civil y la obligatoriedad de lo contratado proclamada en los artículos 1.258 y 1.261 del mismo Código, tiene su limita-

ción por lo dispuesto en contrario por las leyes, una de ellas la Ley de Viviendas de Protección Oficial de 24 de julio de 1963, y su Reglamento de 24 de julio de 1968, en cuyo artículo 127 sustrae a la libertad de contratación en los contratos de compraventa de pisos acogidos a la protección oficial, nada menos que un asunto tan esencial como es el precio, aunque es cierto que ese precio oficial puede alterarse por convenio entre promotor y comprador referente de especificar mejoras contratadas al margen del proyecto oficial; la ley, para defender a los usuarios del posible fraude legal que al amparo de supuestas mejoras puedan producirse, exige expresamente que éstas consten detalladas, valoradas y aceptadas en su valoración por el comprador de la vivienda en cuestión, lo cual no solamente no ocurre en este caso, sino que la sentencia recurrida afirma todo lo contrario, que no ha existido pacto alguno referente a mejoras.

CONSENTIMIENTO UXORIS TACITO (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Cuando el marido se dedica a una profesión en la que la actividad habitual es la construcción de pisos y venta de los mismos, se supone dado el consentimiento *uxoris* para dichas ventas y con mayor razón cuando en los locales construidos se anuncia la venta de los mismos, razones que llevan a considerar como lógica la deducción hecha por la Sala *a quo* de la existencia del consentimiento tácito.

DERECHO DE RETORNO: EL INQUILINO NO PUEDE ELEGIR UNA VIVIENDA DE SUPERFICIE MAYOR DE LA QUE OCUPABA (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Los varios motivos del recurso tienen como denominador común que los sustenta el correcto ejercicio, en criterio del recurrente, de la acción que autoriza el párrafo 1.º del artículo 88 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para retornar a la vivienda por él elegida en el inmueble reedificado, ante el incumplimiento por el arrendador de la obligación de reserva que le imponía el artículo 82 de la citada ley, correcto ejercicio y elección de vivienda que es soporte fáctico imprescindible para que puedan prosperar cualquiera de los motivos del recurso; mas como quiera que la sentencia recurrida establece y argumenta que la elección de vivienda por el inquilino no se ajusta a las normas que las regulan en razón a la notoria mayor extensión superficial de la vivienda elegida, y esta interpretación es por demás correcta, pues, como dice la sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 1964, «el artículo 88 no es una pieza aislada dentro de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y ha de ajustarse en su ejercicio a las limitaciones impuestas por el artículo 86, según establece este mismo, y confirman los artículos 83 y 85, todos los cuales se refieren siempre a extensión superficial igual o inferior, pero no superior, puesto que en tal caso no sólo se faltaría a la analogía y proporcionalidad que informan el derecho de retorno, sino que la única sanción

establecida contra el arrendador por el artículo 88, que es la de no poder elevar la renta, a que en otro caso tendría derecho, resultaría agravada con la privación de parte del nuevo local, sin la contraprestación adecuada», imponiendo lo razonado la desestimación de los motivos del recurso.

LAUDO ARBITRAL: HA DE RESPETARSE LA DECISION DEL ARBITRO CUANDO MANIFIESTAMENTE NO EXISTA EXTRALIMITACION (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Instaurado el arbitraje por la vía contractual, el negocio jurídico que lo contiene obliga a las partes a pasar por lo estipulado, de acuerdo con las normas generales del derecho de obligaciones, de manera que la fuerza vinculante del laudo se basa en la voluntad misma de los contratantes; si de arbitraje de equidad se trata, el procedimiento es libre y de acentuada flexibilidad, pues no tiene que ajustarse a formas legales ni acomodarse a pautas de derecho material en cuanto al fondo, cumplida la exigencia que por imperativos del principio de contradicción requiere dar a las partes oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen convenientes, dirimiendo luego el conflicto según su saber y entender y, por consiguiente, *simpliciter ac sine strepitu et figura iudicii*.

No viene permitido a este Tribunal convertirse en órgano revisor de la tarea decisoria acometida por el árbitro, examinando el desarrollo de la operación aritmética y la corrección de las cifras manejadas, cuando manifiestamente no ha existido extralimitación, atendida la controversia que le fue confiada en la escritura de compromiso.

ATRIBUIDO UN DERECHO DE PROPIEDAD A UNA ADVOCACION DE LA VIRGEN, HA DE ENTENDERSE QUE PERTENECE A LA IGLESIA CATOLICA, Y DENTRO DE ELLA, A LA PARROQUIA (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Si en Derecho canónico se puede atribuir un derecho de propiedad a entes inmateriales, como lo son las distintas advocaciones de la Virgen, entre las que se encuentra la de la Virgen del Castellar, ha de entenderse, en el Derecho civil, que tales bienes, con ese destino, que generalmente tienen su origen en alguna donación pertenecen a la Iglesia católica, y dentro de ésta, a la parroquia donde la advocación mariana a la que la donación se haya dedicado para el servicio del culto a la misma radique, por lo que es visto la inexistencia de violación del artículo 348 del Código Civil por parte del Tribunal de instancia al atribuir la propiedad de la casa litigiosa, que en su día fue donada a la Virgen del Castellar, a la parroquia actora, en que la ermita dedicada al culto de la misma se encuentra.

A los efectos del recurso sería irrelevante esa supuesta falta de aceptación del donatario hecha por escritura pública, pues la sentencia recurri-

da afirma como hecho probado que la parroquia poseyó la casa en litigio a título de dueña desde 1772 a 1970, pública, pacífica e ininterrumpidamente, lo que hace que aunque no se cumplieran todos los requisitos necesarios para la validez de la donación, tales circunstancias serían constitutivas de justo título de dominio, a los efectos de los artículos 1.952 a 1.954 del Código Civil.

NO PUEDE SOLICITARSE RESOLUCION POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL CUANDO ESTE SE DEBE AL COMPORTAMIENTO DE QUIEN PRETENDE LA RESOLUCION (SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1979).

Hechos.—Se vendió una casa haciendo constar que estaba libre de cargas. Registralmente, la casa estaba gravada con una hipoteca en garantía de una obligación que ya había sido pagada; el comprador no paga el último plazo alegando la existencia de la hipoteca, y el vendedor reclama la resolución del contrato. El comprador demandado fue absuelto.

Doctrina de la sentencia.—Siendo el artículo 1.504 del Código Civil una manifestación específica del 1.124, o sea, una especie concreta para el supuesto de venta de bienes inmuebles, de la facultad genérica que para toda clase de obligaciones bilaterales con prestaciones recíprocas previene el último de tales artículos, claro es que no puede generarse causa resolutoria por incumplimiento contractual cuando éste sea precisamente debido al comportamiento de quien pretende la resolución o venga justificada la resistencia del pretendido incumplidor ante reclamaciones excesivas, que es precisamente lo sucedido en el supuesto ahora contemplado, desde el momento en que, en un aspecto, la vendedora transmite el inmueble en cuestión libre de cargas y, en cambio, mantiene éstas registralmente, al no haber procedido a su cancelación con las consiguientes trabas que ello produce, tanto para el comprador como con relación a terceros.

JUICIO DE DESAHUCIO: PUEDEN DISCUTIRSE EN EL CUESTIONES QUE CONSTITUYAN SUPUESTO INDECLINABLE DE LA RESOLUCION A QUE HAYA LUGAR (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que la constante jurisprudencia tiene declarado que el juicio de desahucio, por su naturaleza concreta y sumaria, excluye normalmente la posibilidad de que en él se discutan y declaren derechos más o menos controvertibles, sin que quepa en sus estrechos límites resolver sobre otras cuestiones, como pueden serlo la preferencia y validez de títulos esgrimidos por ambas partes, que por su ambigüedad excedan de las simples y sencillas del arrendamiento, no lo es menos que se permite la proposición y discusión dentro del mismo de cuestiones que, relacionadas con el derecho del arrendador para que la finca se desaloje o el del arrendatario para oponerse válida y eficazmente al desahucio, estén tan íntimamente ligadas con el arrendamiento

de que se trate o afecten a los derechos y obligaciones del mismo derivadas, que sean determinantes de la relación del proceso y aparezcan vinculadas a la relación contractual que se trata de rescindir con el ejercicio de su peculiar acción, constituyendo supuesto indeclinable de la resolución a que pudiera haber lugar.

LA NORMATIVA APLICABLE A UN CONTRATO ES DE ORDEN SUPERIOR A LA DISPONIBILIDAD DE LAS PARTES (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—En el recurso se alega la violación, por la no aplicación, del artículo 1.255 y 1.091 del Código Civil, pues lo que se invoca con la cita de esos artículos es la libertad de contratación y a la fuerza obligatoria de lo convenido, haciendo alusión a que en el contrato que rige en este caso se dice que queda sometido, por la voluntad de las partes, si no lo estuviera por imperio de la ley, al régimen previsto en el artículo 3, párrafo 2.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sin tener en cuenta que la materia relativa a la normativa aplicable a un determinado contrato es de orden superior a la disponibilidad de las partes contratantes y ha de determinarse sea cual sea la voluntad manifestada por aquellas, partiendo del esquema legal e institucional a que responda el instrumento de que se trate.

NO ES PRECISO QUE LA VALIDEZ DE LOS ACTOS CONTRARIOS A UNA LEY SEA ORDENADA POR ESTA MANERA EXPRESA Y TEXTUAL (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 6, número 1.º, del Código Civil, antes 4, se limita a formular un principio jurídico de gran generalidad, que no ha de interpretarse con criterio rígido, sino, como sugiere la doctrina científica, con un criterio flexible y teniendo en cuenta que no es preciso que la validez de los actos contrarios a la ley sea ordenada de manera expresa y textual, sin que quepa pensar que toda disconformidad con una ley cualquiera o toda omisión de formalidades legales, que pueden ser meramente accidentales con relación al acto de que se trate, ha de llevar consigo la sanción extrema de la nulidad, de lo que se deduce que dicho artículo del Código sustantivo no autoriza por sí solo una declaración de nulidad, pues en cada caso concreto se han de analizar las circunstancias del acto que se pretende anular, que precisa la demostración de que se ha ejecutado contra lo dispuesto en la ley, pues no basta que exista una inadecuación entre un acto y un precepto legal, sino que es preciso además que éste establezca un mandato ineludible o imponga, siempre imperativamente, una prohibición.

EN EL «USUFRUCTO DE SUSTENTO» LA LEY SUBORDINA LA OBLIGACION DE SALVAR LA SUSTANCIA A ESA FINALIDAD DE SUSTENTACION (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1979).

Hechos.—En el año 1924, don César hizo testamento público en el que dispone de su herencia dividiéndola en dos mitades, en la segunda de las cuales establece un usufructo vitalicio en favor de su sobrino, incapacitado y sometido a tutela, disponiendo que el pleno dominio pasará a la muerte de éste a sus hijos, y en su defecto, a sus legítimos sucesores; añade que lo que su sobrino usufructúe no podrá mientras viva, bajo ningún pretexto, «ser vendido ni enajenado ni aun con autorización del Consejo de Familia, pues es la voluntad del testador que su dicho sobrino tenga mientras viva los medios necesarios para una decorosa subsistencia»; el testador falleció en 1927, y con el tiempo, ante la insuficiencia de las rentas, la tutela obtuvo del Consejo de Familia autorización para vender algunos bienes, solicitando además autorización judicial en procedimiento de jurisdicción voluntaria, que se convirtió en contencioso ante la oposición de los presuntos nudo-propietarios. El Supremo declara que pueden venderse esos bienes.

Doctrina de la sentencia.—El único tema discutido en el pleito es el de la posibilidad de efectuar la enajenación de alguno de los bienes que integran el usufructo, o sea, el de si está o no comprendida esa facultad entre las que corresponden al usufructuario, en este caso actuando por medio de su representante legal, habida cuenta de su incapacidad; la norma genérica aplicable al respecto es la del artículo 467 del Código, con valor para todo usufructo, según el que el derecho que éste otorga a disfrutar los bienes ajenos comporta la obligación de conservar su forma y sustancia; la regla no tiene, sin embargo, en nuestro ordenamiento el carácter absoluto de la fórmula clásica del *salva rerum substantia* de la definición de PAULO y de los artículos 578 del Código francés y 477 del italiano de 1865, en que nuestro legislador se inspiró, sino que admite la posibilidad de excepción cuando lo autorice la ley directamente o el título de constitución, supuestos a los que, justo por el tipo de facultad que atribuye, se aplicó la denominación alemana de «usufructo de disposición», del primero de los cuales hay muestras no sólo en los derechos forales (especialmente en Aragón, Navarra, Vizcaya-Alava y, sobre todo, en Cataluña), sino también en el propio Código Civil, siendo ejemplo de ello los preceptos contenidos en los artículos 1.352, 1.359 y 164, casos típicos de lo que también en Alemania se llamó «usufructo de sustento, aceptado asimismo por la doctrina científica española, en que la finalidad que predomina es esa sustentación a la que la propia ley subordina lo que en otro caso sería esencial a la institución usufructuaria.

Se hace necesario la búsqueda de la intención del testador, que deberá prevalecer frente al estricto tenor literal, lo que puede efectuarse a través de un doble procedimiento: a) en primer lugar, uno de carácter objetivo, valorando los bienes objeto del usufructo y la operación que sobre ellos se trata de realizar, siendo de observar que aquéllos no son bienes determinados, sino los que integran una mitad de la herencia en bloque, como una universalidad, susceptible, por consiguiente, de sustitución de unos por otros, que en virtud del principio básico de la subrogación real ven-

drían a ocupar el lugar que tenían los anteriores, sin que la *universitas*, como tal, pueda decirse alterada, y, por otra parte, que a causa de esa universalidad, la venta que se pretende llevar a cabo no puede en rigor, decirse que altere la «forma y sustancia» que exige respetar el artículo 467 del Código, entendida siempre, pero más en estos casos, como el *destino económico*, comprensivo del valor y del destino, que mejoran ostensiblemente con la sustitución proyectada, con la garantía de la subasta pública, el conocimiento judicial y la intervención del Ministerio Fiscal, de manera semejante a lo legalmente dispuesto para el usufructo familiar del artículo 164 del Código, y *b*) en segundo término, otro de orden subjetivo, cual es la finalidad perseguida por el testador, que según resulta de la propia cláusula, no fue sino la de asegurar a su sobrino los medios de una decorosa subsistencia, de modo similar a lo que sucede en el antes mencionado «usufructo de sustento», en razón a lo cual establece la prohibición de disponer, que nunca puede entenderse que afecte al acto pretendido, pues justo permitirá aquel decoro en el subsistir vendiendo un bien que renta 880 pesetas mensuales y por el que se pueden obtener, por lo menos, diez millones, cuya inversión adecuada hará posible el cumplimiento de la auténtica voluntad del testador.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROCEDENTE DE DELITO NO ENCAJA EN EL ARTICULO 1.968 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Es cierto que el artículo 1.968 del Código Civil, en su párrafo 2.º, dice que prescribe por el transcurso de un año la acción para exigir la responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia; ahora bien, se plantea en la doctrina el problema de si este plazo prescriptivo ha de aplicarse a la extinción de las acciones que nacen de un hecho delictivo, llegando la sentencia de esta Sala de 12 de marzo de 1934 a decir que «la responsabilidad civil procedente de delito no encaja en este artículo, que se refiere sólo a la nacida de los artículos 1.903 y 1.902 del Código Civil»; en este sentido abundan las de 30 de abril de 1959 y 5 de julio de 1961, y la muy expresiva de 4 de julio de 1970.

LA INCONGRUENCIA NO SE DA POR EL CAMBIO DE PUNTO DE VISTA JURIDICO (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Es cierto que, en virtud de los principios positivos y de imparcialidad del Juez, éste se ha de ajustar a los hechos aducidos por las partes; mientras la vinculación a los hechos debidamente contrastados es obligada, no ocurre lo propio con las normas aducidas por las partes, porque ello hay que combinarlo con los deberes y poderes del Juez para aplicar la norma adecuada, de acuerdo con la regla *da mihi factum, dabo tibi ius*, por lo que la no designación de norma por la parte,

su alegación errónea o su imprecisión al citar varias en sus escritos *ad cautelam*, no tendrá repercusión para la eficacia de la pretensión o defensa si el hecho fijado encaja en la norma que el juzgador estime correcta; la acción se individualiza y define por el hecho y, en consecuencia, la incongruencia sólo es posible por alteración de la *causa petendi* y no por el cambio del punto de vista jurídico; la incongruencia se dará en el fallo, junto a los considerandos predeterminantes *ratio decidendi*, por lo que la sentencia, que respeta los hechos, aunque el fundamento jurídico o el punto de vista normativo que aplique sea distinto, pero correcto, no puede incurrir en el defecto alegado.

LA INTERPRETACION CONTRA PROFERENTEM SOLO ES APLICABLE EN EL CASO DE QUE SEA UNO DE LOS SUJETOS QUIEN DICTA LAS CONDICIONES DEL NEGOCIO (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—El principio de interpretación *contra proferentem* y correlativa ventaja para la parte que ha suscrito el contrato sin haber intervenido en su redacción, es aplicable solamente en el caso de que sea uno de los sujetos quien dicta las condiciones del negocio jurídico bilateral, cuyo ejemplo más característico lo constituyen los contratos de adhesión, supuesto con el cual ninguna relación guarda el de autos, ya que las impropiedades terminológicas y la confusión observable en el uso de los vocablos, como es denominar «subarriendo» a lo que propiamente significa un arrendamiento de industria o utilizar como equivalentes las denominaciones «local» y «establecimiento», obedecen a la carencia de conocimientos jurídicos en los contratantes.

NO PUEDE INTERPRETARSE LA FRASE «EL ARRENDAMIENTO SERA POR TIEMPO INDEFINIDO», EN EL SENTIDO DE QUE SERA A PERPETUIDAD (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Es de esencia al contrato de arrendamiento la fijación de un tiempo determinado, según establece el artículo 1.543 del Código Civil—que en el motivo octavo se dice que fue interpretado erróneamente—, por lo que la frase que aparece en la cláusula aclaratoria del contrato, de que su vigencia es por tiempo indefinido, carece en sí misma de todo valor, si con ello se quiere significar que no tiene tiempo determinado, al modo proclamado por la constante y uniforme doctrina jurisprudencial, recogida, entre otras, en las sentencias de 15 de octubre de 1924 y 19 de enero de 1965, lo que no se contradice con lo afirmado en las de 14 de febrero de 1953 y 16 de diciembre de 1963, puesto que vienen a confirmarlo, al precisar que aunque no se hubiera fijado plazo o se diga que es indefinido, el contrato será válido, entendiéndose hecho por años, meses o días, según el señalamiento de la renta, entrando, en su caso, en función la normativa de los artículos 1.577 y 1.581 del Código, pues lo indefinido o no definido, pero definible, es distinto de lo «a perpetuidad» o no definible ni determinable, que es lo que prohíbe la ley.

ENTREGADA UNA FINCA EN GARANTIA DE UN PRESTAMO, EL TRIBUNAL DEBE DECLARAR LA CANCELACION DE ESA GARANTIA CUANDO EL PRESTAMO SE RESTITUYA (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Si la cuestionada finca se entregó en garantía de la devolución del préstamo, una vez llevada ésta a efecto resulta obligado declarar la cancelación de esa garantía, con restitución de la finca a quien en tal concepto la entregó, y aun cuando esta restitución viene a constituir una obligación condicional, exigible solamente cuando la condición se cumpla, es decir, cuando el recurrente satisfaga la suma que en el préstamo recibió, ello no impide a éste ejercitar las acciones procedentes para la conservación y declaración de su derecho, en consonancia con lo que el artículo 1.121 del Código Civil dispone.

NO SON APLICABLES LAS NORMAS SOBRE VICIOS OCULTOS EN LA COMPRAVENTA AL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE OBRA (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Los principios generales de la responsabilidad contractual son de correcta aplicación al tema, dada la carencia de preceptos concretos que contienen los modernos ordenamientos, con lo que ha de ser rechazado el motivo del recurso, que plantea la infracción de los artículos 1.484 y 1.490 del Código Civil, a todas luces ajenos a una controversia que no se disciplina mediante la pauta de las acciones edilicias propias del contrato de compraventa, si bien algún sector de la doctrina científica ha contemplado la posibilidad de aplicar las normas por vicios ocultos establecidas para esa modalidad contractual, proyectándolas al arrendamiento de obra, ni tal parecer ha sido recibido por la jurisprudencia, ni sus propugnadores con reservas dejan de admitir las graves dificultades que ofrece la solución, sobre todo por la brevedad de los plazos que se seguirían para descubrir en tan escaso tiempo los defectos ocultos de lo edificado.

ES VALIDA UNA VENTA REALIZADA EN EL AÑO 1953 POR EL MARIDO SIN CONTAR CON EL CONSENTIMIENTO DE LA ESPOSA (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—La redacción del artículo 1.413 del Código Civil es la que proviene de la dada por consecuencia de la Ley de 24 de abril de 1958 y, por tanto, no es de aplicación al supuesto ahora contemplado, de conformidad con la norma de irretroactividad jurídica que sanciona el párrafo primero de las disposiciones transitorias del Código Civil.

El demandado, en la fecha de 1 de enero de 1953, en que fue llevado a cabo el contrato cuestionado, estaba facultado para enajenar y obligar a título oneroso a la sociedad de gananciales que tenía constituida, en tanto no se acredite que se trate de pactos ilícitos o ilegales, o con más precisión, que contravengan el Código Civil o hayan sido realizados en fraude de la mujer, dado que no producido el ejercicio del derecho de

impugnación que tal precepto previene, cuyo precedente es la Ley llamada de Santa María de Nieva (quinta, título cuarto, libro diez, de la Novísima Recopilación), según la cual la validez de estas enajenaciones era «salvo si fuese probado que se hicieron cautelosamente por defraudar o dañar a la mujer», teniendo el marido libertad de contratación a título oneroso.

IMPUESTO DE TRANSMISIONES SOBRE UN USUFRUCTO (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, que grava la extinción de un usufructo vitalicio, constituido como legítima de viudedad a favor de uno de los vendedores de un inmueble, ha de ser satisfecho a la Hacienda Pública por el comprador y no por los vendedores: nudo propietario y usufructuaria, cuando mediaba el pacto expreso de que todos los impuestos que gravaran la transmisión habrían de ser de cuenta del comprador.

LA MUJER PUEDE IMPUGNAR LAS ENAJENACIONES FRAUDULENTAS DE SU MARIDO SIN ESPERAR A QUE SE DISUELVA LA SOCIEDAD DE GANANCIALES (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Se denuncia violación del artículo 1.419 de nuestro primer Código sustantivo, según el que en el inventario previo a la liquidación de la sociedad de gananciales, «se traerá a colación el importe de las donaciones y enajenaciones que deban considerarse ilegales o fraudulentas, con sujeción al artículo 1.413», sosteniéndose en su desarrollo que si el acto realizado incurriera en alguno de estos vicios (ilegalidad o fraude), la mujer puede pretender que quede sin efecto, pero sólo cuando se disuelva o liquide la sociedad de gananciales; tesis totalmente inadmisibles, pues, como la jurisprudencia de este Tribunal Supremo precisó de manera constante y uniforme, la sanción que el artículo 1.413 impone a los actos realizados contra lo en él dispuesto, no es la nulidad radical o absoluta, sino la anulabilidad o impugnabilidad, compatible con la ratificación o confirmación posterior de la mujer, y en esta clase de acciones tiene marcado un plazo de prescripción de cuatro años en el artículo 1.301 del Código, cuyo transcurso antes de aquella liquidación de los gananciales impediría a la mujer utilizar el medio protector de sus intereses que la ley le concede, al no ser posible la declaración de ilegalidad o fraudulencia a que el precepto se refiere.

PRESUNCION IURIS TANTUM DE CULPABILIDAD DEL ARRENDATARIO EN EL SUPUESTO DE INCENDIO DE LA COSA ARRENDADA (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—La presunción de culpabilidad del arrendatario en el arrendamiento de cosas, proclamada en el artículo 1.573 del Código Civil, precepto que cuenta con remotos antecedentes en el Dere-

cho histórico, según puede verse en el *Digesto* y en la legislación de Partidas (Ley quince, título octavo, Partida quinta), constituye aplicación concreta del principio general sentado por el artículo 1.183 para el caso de perecimiento de la cosa en poder del deudor y entraña una presunción *iuris tantum* sólo destruible, en régimen de inversión de prueba, con una cumplida demostración en contrario, acreditativa de que ese sujeto del negocio arrendaticio ha puesto en el uso la diligencia exigida por el número 2.º del artículo 1.555, y si bien nuestro ordenamiento no contempla expresamente el supuesto de incendio de la finca arrendada, a diferencia del Código Civil francés y del italiano, que impone igualmente para tal hipótesis la inversión de la carga probatoria derivada de la antigua regla *incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium*, habrá de ser aplicada incuestionablemente dicha doctrina, conforme a la cual el arrendatario responderá del menoscabo ocasionado por el siniestro a no ser que pruebe que el incendio provino de causa extraña sin haber mediado por su parte culpa o negligencia.

EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA NO IMPLICA UNA CONFORMIDAD RÍGIDA CON LAS PETICIONES DE LAS PARTES (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—El principio de congruencia, en cuanto limitación de los poderes del organismo jurisdiccional, constreñido también por los principios de controversia y dispositivo, claro está que prohíbe toda resolución *extra petita*, pero no puede desconocerse que el propio artículo 359 que lo proclama le exige al Juzgador hacer las declaraciones requeridas por las pretensiones de los litigantes, y, de otro lado, es constante la doctrina jurisprudencial en el sentido de que atendida la naturaleza espiritualista de toda operación jurídica, las confrontaciones entre pedimento y sentencia para hallar las identidades fundamentales han de verificarse teniendo muy presente que la necesidad de congruencia no impone ni significa una conformidad rígida y literal con las peticiones de la parte, sino racional adecuación a los hechos y a los postulados con esta base fáctica, de manera que si respetando el componente jurídico de la acción y los acaecimientos proporcionados decide el Juez sobre el objeto propuesto, no incurre en alteración de los elementos del proceso, por más que la determinación concreta del bien o cosa a que se refiere la demanda deba oponerse específicamente de modo distinto al propugnado por el actor.

EL CONCEPTO DE «RUINA» DEL ARTICULO 1.589 DEL CODIGO CIVIL NO HAY QUE REFERIRLO TAN SOLO A SU SENTIDO ESTRICTO, SINO QUE ES EXTENSIVO A LA ESTIMACION DE GRAVES DEFECTOS DE LA CONSTRUCCION (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—A los efectos del artículo 1.589 del Código Civil, la ruina a que esta disposición se contrae no hay que referirla tan sólo a lo que en sentido riguroso y estricto, y conforme al significado usual y gramatical de la misma, pudiera implicar, o sea, al inmediato

y actual derrumbamiento o destrucción total o parcial de la obra, sino a un más alto y amplio contenido del arruinamiento, extensivo a la estimación de tan graves defectos de construcción que puedan determinar la pérdida del edificio, de no ser oportunamente reparados, haciéndole impropia o inútil para la finalidad a que se le destina.

Respecto a la solidaridad que, en cuanto a la responsabilidad del arquitecto y del constructor de la obra, establece la sentencia recurrida, ha de tenerse en cuenta que, aparte de lo que el artículo 1.137 del Código Civil establece en orden a la necesidad de que aquélla se determine expresamente en la obligación, el artículo 1.138 del mismo cuerpo legal permite la solidaridad cuando del texto de la obligación resulte su existencia, lo que es válido tanto para las obligaciones contractuales como para las que nacen por disposición legal, como lo es la que establece el artículo 1.591 de dicho Código sustantivo, pues ésta no tiene su origen en la convención de las partes, sino que deriva de un precepto legal y el contenido del mismo expresa la igualdad de las responsabilidades del contratista y arquitecto por la ruina del edificio, según la causa que la origine, es decir, vicio de la construcción o del suelo y de dirección, por lo que cuando concurren varias de ellas y no sea posible discernir la proporción en que cada una haya influido en la realidad de la ruina producida, debe apreciarse que, dada la expresión de igualdad en la responsabilidad que el precepto contiene, con la identidad de origen de la obligación misma, la conjunción de las causas originantes de la ruina y la indivisibilidad de la obligación hace nacer la solidaridad que se deduce del artículo 1.591.

EL INCUMPLIMIENTO DEL DEUDOR HA DE TENERSE POR ACREDITADO POR EL HECHO MISMO DE HABER DESATENDIDO SU OBLIGACION. NO ES OBSTACULO QUE EL DEMANDADO ESTE EN SUSPENSION DE PAGOS PARA LA PRETENSION RESOLUTORIA DE UN CONTRATO (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1979).

Hechos.—Doña Mercedes vendió una finca a un comerciante, con gran parte del precio aplazado y garantizado por condición resolutoria. El comprador, poco después, fue declarado en suspensión de pagos y no atendió el pago de los plazos. La vendedora lo demanda y obtiene la resolución del contrato.

Doctrina de la sentencia.—Si bien la jurisprudencia ha precisado que el ejercicio del pacto comisorio por parte del vendedor se halla subordinado al requisito de la existencia de una conducta culpable, por negligencia de cualquier grado y consiguiente responsabilidad del contratante a quien se imputa la infracción de lo pactado, la reprochabilidad al deudor y el propio incumplimiento habrá de tenerse por acreditado en razón del hecho mismo de haberse desatendido la obligación de satisfacer el precio en el tiempo fijado en el contrato, en tanto no pruebe el incumplidor su fundado propósito de hacerlo efectivo, que mal podrá tener realidad cuando ni siquiera se intentó hacer el pago después del requerimiento solemne, lo que autoriza manifiestamente la procedencia del derecho potestativo actuado por el vendedor para resolver el contrato como garantía convenida de tal aplazamiento.

La circunstancia de que el demandado recurrente esté declarado en suspensión de pagos, con la preceptiva paralización de las acciones individuales a promover por los acreedores que no lo sean de dominio o privilegiados *ex iure crediti*, no constituye obstáculo a la pretensión resolutoria de un contrato sinalagmático en el que el suspenso esté obligado al pago, ya que no se trata propiamente de hacer detracción de la masa patrimonial del suspenso de un bien determinado, sino de dilucidar la pertinencia de la resolución del contrato operada con anterioridad al litigio por declaración recepticia de la vendedora.

LA DONACION INTER VIVOS NO DEJARA DE SERLO CUANDO LA CIRCUNSTANCIA DE LA MUERTE NO SE INCORPORE A LA DONACION COMO CAUSA (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es esencial en la donación *mortis causa*, como liberalidad que se hace por temor o en previsión de la muerte (*contemplatio mortis*), la característica de que el donante conserva el dominio de la cosa legada y no transmite de presente su titularidad, lo que la convierte en revocable por lo mismo que no produce efectos sino *post mortem*, según proclamaron los textos del Derecho histórico (Ley once, Título cuarto, Partida quinta), lo que ha llevado a la doctrina jurisprudencial a calificar como tales las determinadas por el suceso de la muerte prevista, sin ánimo de perder el donante la cosa donada o su libre disposición, por lo que además de su revocabilidad, su eficacia no se origina en vida del disponente y carece de valor si no se manifiestan a través de alguno de los medios arbitrados para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias, de manera que la donación *inter vivos* no dejará de serlo cuando la circunstancia de la muerte opere en el donante como motivo puramente subjetivo, pero sin incorporarse a la donación como causa, lo que no acontece en el caso litigioso en que es transmitida a las donatarias la nuda propiedad de las distintas plantas, atribuyéndoles un poder de disposición con determinadas restricciones, y la donante se reservó al realizar la donación todo el resto del edificio, así como el derecho a elevar otras plantas; tal reserva es a todas luces válida (resolución de la Dirección General de los Registros de 7 de abril de 1970), con posibilidades de constancia tabular, conforme a lo dispuesto en el artículo 16, número 2, del Reglamento Hipotecario, tal conclusión se acomodaría de otra parte, en caso de duda, a la regla interpretativa del artículo 1.289 del Código sustantivo sobre la menor transmisión de derechos o intereses en un acto gratuito como es la donación, y sin que todo ello se contradiga con la referencia a la Ley de Propiedad Horizontal, pues sabido es que lo dispuesto en la Ley de 21 de julio de 1960 no eliminó ni coartó el principio de autonomía de la voluntad contractual en lo que no afecte a materias de derecho necesario.

Si bien la Ley de Propiedad Horizontal menciona como alteración esencial afectante a la entidad física del inmueble la construcción de nuevas plantas, el principio general del *ius prohibendi* y consiguiente necesidad de anuencia de los restantes dueños, no es operante cuando la propietaria de la casa y donante de los distintos pisos se reservó el derecho a darle mayor altura.

NO ES NECESARIO DEMANDAR A LA MUJER AUNQUE EL OBJETO DEL PLEITO SEAN BIENES GANANCIALES (SENTENCIA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1979).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierto que el objeto del contrato de compraventa a que el pleito se contrae es un bien perteneciente a la sociedad de gananciales integrada por el recurrente y su esposa, no tenía por qué ser demandada ésta, toda vez que es el marido quien interviene en los actos dispositivos sobre bienes de la sociedad conyugal, por ser el representante legal de la misma, a tenor de los artículos 59 y 1.412 del Código Civil, según los cuales tiene, por ministerio de la ley, la facultad de representar a la mujer y actuar en nombre de dicha sociedad, por lo que está legitimado para, sin intervención de su esposa, poder actuar tanto para reclamar en juicio todo lo concerniente a los bienes gananciales, como para ser demandado con relación a los mismos, y, por ello, por ser el marido responsable frente a un contratante de los compromisos contraídos, no es necesario que al instar éste el cumplimiento del contrato tenga también que demandar a la mujer de aquél, contra la que carece de acción, debiendo tenerse en cuenta, además, que al defenderse el marido, defiende también a ésta.

J. Q. S.

SUCESIONES

LEGITIMAS. RECONOCIMIENTO DE SU PAGO EN VIDA DEL TESTADOR (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1979).

Discutido en este pleito el alcance de la manifestación hecha por el testador, en testamento posterior a la quiebra de un hijo suyo, de que éste había ya recibido en vida su legítima, extremo corroborado por el propio legitimario quebrado, frente a los acreedores de la quiebra, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Jaime Castro García, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y recurrente contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Tortosa número uno.

Los razonamientos de nuestro más alto Tribunal son los siguientes:

Considerando que las demandas en juicios acumulados, seguidos ante el Juzgado número uno de Tortosa por la Sindicatura de la quiebra del comerciante don J. S. E., contemplan estos remotos antecedentes, de indudable significación en la controversia, cuya realidad y data se presentan indiscutidas: Primero. Don J. S. E. ha sido declarado en estado de quiebra necesaria mediante auto de diecinueve de septiembre de mil novecientos setenta, quiebra que fue calificada de fraudulenta tanto en la sentencia del Juzgado de diez de julio de mil novecientos setenta y dos como en la

pronunciada por la Audiencia de Barcelona el once de mayo de mil novecientos setenta y tres. Segundo. En el testamento abierto otorgado con fecha treinta de septiembre de mil novecientos setenta, esto es, once días más tarde de la declaración de quiebra, el disponente, don J. S. G., «manifiesta que su hijo don J. S. E. tiene satisfecha en vida su legítima» (cláusula séptima), aserto al que el quebrado presta plena conformidad pero que la Sindicatura combate a fin de integrar en la masa patrimonial esos derechos hereditarios, de obligado pago y cuya renuncia no podría perjudicar a los acreedores del quebrado.

Considerando que el principio de presunción de exactitud del Registro, capital en el Derecho inmobiliario, proclamado en los artículos treinta y ocho, párrafo primero, y noventa y siete de la Ley Hipotecaria en relación con el párrafo tercero del artículo primero, entraña una presunción legitimadora de naturaleza *iuris tantum* y como tal susceptible de ser destruida mediante prueba en contrario—demostrativa de la falta de exactitud en la constancia tabular, según lo autorizan el precepto inicial de esa ley y la norma más general del artículo mil doscientos cincuenta y uno del Código Civil, como tiene declarado esta Sala en sentencias de veintinueve de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, veintitrés de noviembre de mil novecientos sesenta y uno y treinta y uno de marzo de mil novecientos setenta y nueve, y si bien dicha legitimación registral provoca por imperativo del párrafo segundo del artículo treinta y ocho, entre otras consecuencias procesales, la exigencia de pedir la nulidad o cancelación de la inscripción de dominio o derecho real cuando se ejercite una acción que los contradiga, es claro que el supuesto de hecho necesario para la aplicación del mandato legal viene determinado por la formulación de pretensiones que pugnen con el contenido de la inscripción y por ello puedan ocasionar su cancelación o nulidad, lo que acontecerá en el evento de las acciones reivindicatoria, declarativa de dominio u otro derecho real, negatoria, confesoria, o las de nulidad, rescisión o resolución del título inscrito, en suma, aquellas de cuyo éxito habrá de derivar la proclamación de un derecho inconciliable con los términos de la inscripción de que se trata, según ha precisado la jurisprudencia (sentencias de veinticinco de abril de mil novecientos cuarenta y nueve, veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y tres de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco), situación que no se origina si no media esencial discordancia en el orden jurídico entre acción y asiento o si la entablada reviste naturaleza obligacional (sentencias de dieciséis de noviembre de mil novecientos sesenta y veintidós de septiembre de mil novecientos sesenta y cinco); razones en consonancia a las cuales tiene que ser rechazado el motivo primero del recurso que, por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción por violación del artículo treinta y ocho de la Ley Hipotecaria, argumentando, en síntesis, que para la prosperabilidad de la reclamación de la Sindicatura debió pedirse, previamente o a la vez de la instauración del proceso, la nulidad o cancelación del asiento correspondiente a la inscripción decimotercera de la «Huerta Bufarra», finca en que se dicen efectuadas las mejoras, pues además de que se trata de una cuestión nueva en el recurso y, como tal, no susceptible de ser planteada, por impedirlo el número quinto del artículo mil setecientos veintinueve, es manifiesto que la demanda postulando la conminación al dueño del terreno a fin de que actúe

su derecho de opción con arreglo al artículo trescientos sesenta y uno del Código Civil, no es contradictoria del actual contenido del asiento, que precisamente habrá de servir como eslabón en el tracto para el supuesto de que la otra parte eligiese el segundo término de la alternativa, hipótesis, por lo demás, excluida ya del debate por cuanto la sentencia recurrida, confirmando en este extremo la apelada, resuelve el conflicto de intereses entendiendo realizada ya la opción por el causante don José S. G. y, por consiguiente, traduciendo a indemnización pecuniaria los derechos del edificante de buena fe.

Considerando que el motivo segundo del recurso, seguido por la misma vía, alega violación de la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en las sentencias de dieciséis de marzo de mil novecientos cincuenta y seis y cuatro de enero de mil novecientos cincuenta y ocho, que los recurrentes enuncian en el sentido que cuando la acción ejercitada se funda en la nulidad de un contrato, obligación o acto, habrá de ser pedida previamente la declaración de su ineficacia; pero la impugnación es, a todas luces, improsperable, por cuanto: Primero. La doctrina aludida, aspecto de la más general de que todo negocio jurídico que aparezca debidamente formalizado lleva ínsito en la expresión del consentimiento un principio de prueba sobre la realidad y obligatoriedad (sentencias de veintisiete de febrero de mil novecientos sesenta y cinco, veintisiete de enero de mil novecientos sesenta y seis, diecinueve de mayo de mil novecientos sesenta y siete, veinticuatro de marzo de mil novecientos sesenta y nueve y once de octubre de mil novecientos setenta y dos), simplemente establece que «un vínculo de derecho contractual, cualesquiera que sean los vicios de su inicial formación, debe respetarse y estimarse válido hasta que se resuelva por los Tribunales su nulidad, máxime cuando se está en presencia de un acto real y existente, no simulado», materia que ninguna relación guarda con una mera declaración unilateral de obra nueva en finca, ya inmatriculada a efectos de su registración utilizando el procedimiento de escritura independiente que la práctica entiende autorizado por el artículo trescientos ocho, número primero *in fine*, del Reglamento Hipotecario, manifestación que, según relevante criterio doctrinal, no comporta acto o negocio jurídico alguno, ni, por tanto, una verdadera expresión de voluntad con tal alcance, sino una simple narración fáctica.—Segundo. La declaración de obra nueva que don José S. G. realiza en escritura otorgada con ese designio el treinta de septiembre de mil novecientos setenta (por tanto, ya en *tempus suspectus*), ha sido impugnada como inveraz por la Sindicatura recurrida, que entabló al efecto las apropiadas acciones declarativas y de condena, cuya estimación lleva aparejada por modo necesario el pronunciamiento del juzgador de que lo declarado en cuanto a la ejecución y pago de la obra a expensas de don José S. G. no se acomoda a la verdad.

Considerando que los motivos tercero, cuarto y quinto, todos referentes al mismo tema de la cuestión debatida, aducen, respectivamente, infracción por interpretación errónea de los artículos trescientos sesenta y uno, cuatrocientos cincuenta y tres y cuatrocientos cincuenta y cuatro del Código Civil, aplicación indebida de los mismos preceptos y violación de la doctrina legal contenida en las sentencias que cita sobre la posesión de buena fe, concepto que, dada su significación psicológica concerniente al conocimiento, no puede ser predicado del edificante don José S. E., ya

que no ignoraba el dominio que a su padre pertenecía sobre el predio donde construyó; mas ninguno de los motivos utilizados con la misma finalidad puede alcanzar éxito, pues sobre que permanece incólume el aserto, hecho en la instancia, de que «la construcción ha sido levantada con evidente buena fe» (considerando cuarto de la sentencia del Juez, aceptado por la Sala de apelación), al no haber sido rebatido en forma acudiendo al cauce del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos, la versión que de lo acaecido dan los recurrentes llevaría a tener por demostrada la mala fe, recíproca, hipótesis que el artículo trescientos sesenta y cuatro resuelve con criterio de compensación, neutralizándola en justa reciprocidad y disciplinando esa incorporación por las reglas de la buena fe propias de la accesión (sentencia de diecisiete de marzo de mil novecientos setenta y tres).

Considerando que el motivo sexto, articulado con base en el número séptimo de aquel precepto, reprocha a la sentencia de la Sala error de hecho, que entiende demostrado con la certificación del Registro de la Propiedad de Tortosa, recabada para mejor proveer, que cita como documento auténtico; y si ya en principio no deja de parecer extraño que para evidenciar el desacierto en la valoración probatoria se acuda a los elementos demostrativos no llevados a las actuaciones por iniciativa de la parte, sino a los investigados por la prudente decisión del Juez, es patente la inconsistencia del pretendido desacierto en la ponderación de la prueba, cuando para intentar acreditarlo desarrollan los recurrentes un complejo haz de razonamientos y deducciones, incluso con inoportuna invocación en su curso del artículo mil doscientos cincuenta y tres del Código Civil, que oponen a las conclusiones de los juzgadores de instancia, con olvido de que por mor de su concepto el documento auténtico, según constante doctrina de esta Sala, habrá de acreditar por sí mismo, sin necesidad de operaciones discursivas que excedan de su mera confrontación, un resultado discrepante con el obtenido por el Juzgador *a quo* y que se impone por su sola virtud al sujeto del conocimiento, lo que equivale a evidencia objetiva dimanante de esas notas de autosuficiencia y literosuficiencia, requisitos que en modo alguno reúne la citada certificación registral, cuyos términos no significan que todas las construcciones levantadas en la finca lo hayan sido a costa del dueño del terreno y no parcialmente sufragadas con el peculio de su hijo el quebrado, ya que en la actualidad la «Granja Avícola S.» consta de naves en número sensiblemente superior al que ofrecía cuando fue solicitado el préstamo del Banco de Crédito Agrícola por don J. S. G. el doce de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro, dato que unido a la abundante documentación retirada de la oficina de don J. S. E. permiten concluir a la Sala sentenciadora, haciendo suyos los razonamientos del primer grado, que ni está demostrado que la suma prestada por aquella entidad (tres millones trescientas mil pesetas) haya sido verdaderamente invertida en tal destino, ni es posible desconocer que «todas las obras e instalaciones fueron realizadas a instancia, en nombre y por cuenta de don J. S. E., quien firmó y suscribió facturas y recibos, de forma personal, con los contratistas y suministradores de materiales», juicio y conclusiones que en manera alguna han sido desvirtuados.

Considerando que, repelidos en fase de admisión los motivos séptimo, octavo, noveno y decimotercero, denuncian los recurrentes en el décimo,

con inconsistencia que fluye de su sola lectura, violación de la doctrina legal ya invocada, según la cual «no puede ejercitarse en ningún juicio acción alguna de cuyo éxito dependa la nulidad de un contrato sin que previa o conjuntamente se ejercite la acción adecuada para obtenerla», según la transcribe el recurso; y es clara su improcedencia, dado que la cuestión debatida ninguna relación guarda, por lo que a la porción legítima del quebrado importa, con instituciones propias del campo contractual, ni el derecho a la legítima que ostenta don J. S. E. se halla subordinado a la circunstancia de que sea instado un pronunciamiento concreto de nulidad de la cláusula séptima del testamento otorgado por su padre el causante, donde «manifiesta que su hijo don J. S. E. tiene satisfecha en vida su legítima», sino que la inoperancia de lo declarado por el testador en fecha inmediatamente posterior a la declaración de la quiebra, lo que por sí sola la hace harto sospechosa, se origina sin más una vez hecho el pronunciamiento de que la pretensión legitimaria no ha sido atendida o cubierta por liberalidad *inter vivos* y, por tanto, subsiste íntegra la titularidad correspondiente sobre el caudal relicto, sin desconocer, de otra parte, que regida la nulidad testamentaria por los artículos seiscientos ochenta y siete y setecientos cuarenta y tres del Código Civil y restantes normas específicas sobre la materia, no puede reputarse aplicable íntegramente a los testamentos la doctrina general sobre la nulidad de los negocios jurídicos, por ofrecer aquéllos estructura unilateral y ser comprensivos de declaraciones no recepticias, como tienen declarado las sentencias de doce de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro y veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho.

Considerando que las mismas precedentes razones llevan a la repulsa del motivo undécimo, que por la vía del número segundo del artículo mil seiscientos noventa y dos plantea la incongruencia por violación del artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley Procesal, cuando es patente la plena adecuación entre las pretensiones deducidas y la sentencia del Tribunal de Instancia y no era menester, según dicho queda, llevar a la parte dispositiva una expresa declaración de nulidad de la cláusula séptima del testamento, cuya ineficacia constituyó una de las cuestiones objeto del debate, que ha sido resuelta decidiendo el derecho de don J. S. E. a la cuota legitimaria; desestimación que también merece el motivo duodécimo, que imputa a la sentencia de la Sala error de hecho en la apreciación de la prueba, al amparo del número séptimo, señalando al efecto como documentos auténticos, entre otros, el propio testamento del causante la escritura pública del préstamo hipotecario, la de su cancelación, la escritura pública de arrendamiento de la explotación avícola e industrial a la compañía mercantil «A. S., S. A.», e incluso la certificación de la Zona de Reclutamiento de Tarragona referente a la situación militar de don J. S. E., documentación heterogénea y copiosa, basándose en la cual los recurrentes proceden a diversas reflexiones para obtener como desenlace de su tarea especulativa el aserto de que la ponderación probatoria hecha por la Sala no ha sido acertada, pero sobre que tales datos han sido ya analizados detenidamente por el Juez y en la apelación, lo que les priva de la condición de autenticidad para los fines pretendidos, su contenido no contradice las atinadas apreciaciones de ambos organismos jurisdiccionales, y claro está que resulta inadmisibles entender que la declaración testamentaria, iniciado ya el proceso de ejecución general,

en orden al pago de la legítima del hijo mediante liberalidades en vida del testador, habrá de ser tenida por una realidad incontestable, por la que viene obligada a pasar la Sindicatura de la quiebra de don J. S. E.

Considerando que si ciertamente el principio de congruencia, como limitación de los poderes del Juez al que también sujetan los principios dispositivo y de controversia, no consiente una resolución *extra petita*, el propio artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley Procesal que los formula le exige hacer las declaraciones que las pretensiones de las partes requieran, y es reiterada la doctrina jurisprudencial aleccionadora de que la congruencia no entraña conformidad rígida y literal con las peticiones deducidas, sino adaptación a los hechos narrados y a lo pretendido con esta base fáctica; lo que impone rechazar el motivo decimocuarto del recurso, que, utilizando el número segundo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Rituaria acusa violación de su artículo trescientos cincuenta y nueve, pues, a pesar de que en la segunda demanda el *petitum* de la pretensión principal insta la condena de los demandados, remitiendo para ejecución de la sentencia la concreción del derecho concedido al dueño del terreno por el artículo trescientos sesenta y uno del Código Civil, subsidiariamente es postulado de inmediato el pago de la indemnización, y en todo caso hay que entender que no se aparta el Juzgador del tema litigioso ni resuelve al margen de lo pretendido cuando decide, a la vista del material probatorio, que el propietario del suelo optó con anterioridad por hacer suyo lo construido, con lo que está descartado ya el otro elemento de la alternativa.

Considerando que es improsperable asimismo el motivo decimoquinto del recurso, que, amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, entiende infringido por indebida aplicación el artículo mil ciento once del Código Civil; porque además de que este precepto, si bien invocado al hilo del razonamiento en el quinto considerando de la sentencia del Juzgado, no ha constituido propiamente punto del debate, es manifiesto que alcanzando la responsabilidad del deudor a la totalidad de su patrimonio según el principio de la responsabilidad universal proclamado en el artículo mil novecientos once del propio Código, la masa de la quiebra se integrará por todos los bienes de contenido económico susceptibles de ejecución en favor de la masa de acreedores (artículos mil trescientos treinta y tres y mil trescientos cincuenta y ocho de la Ley de Enjuiciamiento Civil; mil cuarenta y cuatro, disposición tercera, y mil cuarenta y seis del Código de Comercio de mil ochocientos veintinueve, y novecientos ocho a novecientos once del vigente), y, por tanto, también con los derechos hereditarios que le correspondan.

LEGADO. LITISCONSORCIO NECESARIO. LOS LEGATARIOS HAN DE SER LLAMADOS A JUICIO CUANDO FALTA LA INSTITUCION DE HEREDERO O PUEDAN RESULTAR PERJUDICADOS (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1979).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia de la Sala de

lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia número dos de Murcia, según resulta de las siguientes consideraciones:

Considerando que a efectos de la resolución de este recurso han de ser tenidos en cuenta los siguientes hechos: que los actores instan la nulidad de un testamento ológrafo, pues como tal fue protocolizado en virtud de auto dictado por el Juzgado número dos de Murcia de cuatro de febrero de mil novecientos setenta y cinco, formulando su demanda de nulidad contra don G. S. M. y doña A. y don R. R. P., la Dirección General de Asistencia Social del Ministerio de la Gobernación y las personas o entidades que puedan tener interés en el pleito; que en dicho testamento se ordenan legados a favor del Arzobispo de Valencia, la Junta de la Lucha contra el Cáncer de Murcia y la ciudad de San Juan de Dios de Sevilla, sin institución de heredero en el mismo; que la Sala de Instancia declaró la improcedencia de estimar la excepción de litis consorcio pasivo necesario oportunamente alegada por los demandados, por entender que el documento ológrafo no contenía verdaderos legados, sino recomendaciones al marido de la testadora.

Considerando que en el primer motivo, y por el cauce procesal del número primero del artículo 1.692 se denuncia la violación de la doctrina jurisprudencial que cita, y, evidentemente, ha de ser estimado por las siguientes razones: en primer lugar, porque no puede rechazarse la excepción formulada por razones de fondo cuando precisamente se está examinando la existencia o no de un defecto en la relación jurídico-procesal, cuya estimación vedaría el examen de dicho fondo; en segundo lugar, por, aun cuando no es necesario llamar a juicio a los legatarios cuando en el testamento hay institución de heredero, sí han de serlo al faltar dicha institución, como ocurre en el caso presente, y en tercer lugar, porque es indudable que los legatarios tienen interés directo en mantener la validez del testamento impugnado, ya que, de decretarse su nulidad quedarían perjudicados por la sentencia recaída.

NULIDAD DE TESTAMENTO. INCONGRUENCIA (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1979).

Los hechos que se desprenden de este pleito son los siguientes: doña M. V. P., analfabeta y que en su infancia había padecido diversas enfermedades, entre ellas una meningitis aguda, de las que le habían quedado secuelas, las cuales, al parecer motivaron la reducción de su nivel mental al de una niña de unos seis años, falleció, víctima de graves quemaduras sufridas en accidente, en una clínica de J., bajo testamento notarial abierto otorgado la víspera del día en que no se la pudo tomar declaración por el Juzgado sobre las circunstancias del accidente, por lo grave de su estado. En dicho testamento, careciendo de legitimarios, instituía heredero al demandado, apelante y recurrido, don A. C. J., quien había servido en numerosas ocasiones como taxista a los padres de la causante y, fallecidos éstos, había conseguido captarse la voluntad de aquélla, apartándola de sus más próximos parientes y logrando que le otorgase un amplio poder, por lo que tales parientes habían promovido expediente

judicial de incapacidad, que se vio interrumpido por la muerte de doña M. V. P.

Es de observar que además del indicado testamento de 1972, cuya nulidad se postula por los parientes de la testadora, ésta había otorgado anteriormente otros documentos, tales como otro testamento en el año 1962, la escritura de manifestación y aceptación de las herencias de sus padres y el antedicho poder, apreciando todos los Notarios su capacidad.

Los más próximos parientes de la testadora demandan la nulidad del testamento y de la escritura de partición de herencia, con las consiguientes declaraciones a favor de los actores en orden a la restitución de frutos, etcétera.

El Juzgado de Primera Instancia de Andújar estimó en parte la demanda declarando la nulidad del testamento otorgado en 1972 por doña M. V. P. y cualquiera otro anteriormente otorgado, así como la de la escritura de partición, pero sin haber lugar a la restitución de frutos. Apelada la sentencia por la parte demandada, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada confirmó la del Juzgado y, en parte, la revocó, obligando a la parte demandada a restituir los frutos percibidos y debidos percibir.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Gregorio Díez Canseco, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que los dos primeros motivos del recurso, amparados en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncian sendas violaciones de la doctrina legal que citan sobre el litis consorcio pasivo necesario, alegándose que en tales infracciones incurre la sentencia recurrida, porque, en opinión de los recurrentes, han debido ser llamados a pleito, el Notario autorizante del testamento abierto otorgado por doña M. V. P. el veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y dos, y también todas las personas que se crean o puedan ser herederos de dicha causante, motivos que son desestimables; en cuanto al primero de ellos, porque la acción de nulidad de un testamento abierto por no haberse observado las formalidades o solemnidades establecidas para el caso, ha de ser forzosamente dirigida contra todos los interesados, entendiéndose por tales los que de manera directa tengan interés en que se mantenga su validez y subsistencia, es decir, en el presente caso, los herederos y la legataria instituidos en el citado testamento, sin que tal acción tenga también que ser necesariamente dirigida contra el Notario que lo autorizó, y así lo viene estableciendo implícitamente la doctrina jurisprudencial, pudiendo citarse, entre otras muchas, las sentencias de quince de marzo de mil novecientos cincuenta y uno, veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y tres, treinta y uno de enero de mil novecientos sesenta y cuatro, veintisiete de septiembre y quince de noviembre de mil novecientos sesenta y ocho, tres de junio de mil novecientos setenta y dos y dieciséis de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, todas ellas recaídas en pleitos en los que se ejercitaba una acción de aquella naturaleza sin haber sido demandado el Notario autorizante del testamento, pese a lo cual esta Sala no estimó la falta de litis consorcio pasivo necesario, como tendría que haberlo hecho incluso de oficio de ser tal circunstancia determinante de una defectuosa constitución de la relación jurídico procesal; y en cuanto al segundo motivo, porque ni en los escritos del período expositivo del

pleito, ni en la sentencia recurrida, se hace alusión ni referencia alguna a la eventual existencia de otras personas que se crean o puedan ser herederos de dicha causante, antes por el contrario, en la contestación y en la dúplica los demandados no opusieron objeción de ninguna clase a la legitimación activa de la demandante, que actúa en el pleito en su propio nombre y derecho como heredera *ab intestato* de la citada causante y en beneficio de la comunidad de herederos legítimos de la misma.

Considerando que en el tercero y último motivo, fundado en el número tercero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega la violación del artículo trescientos cincuenta y nueve de la misma ley, y reprocha a la sentencia recurrida de haber incidido en una doble incongruencia de carácter positivo, en primer término, porque habiéndose pedido en la demanda la nulidad del testamento abierto otorgado por doña M. V. P. el veintidós de noviembre de mil novecientos setenta y dos, la sentencia combatida declara no sólo la nulidad de dicho testamento, sino también la de «y cualquiera otro anteriormente otorgado», y, en segundo lugar, porque el pronunciamiento b) del fallo recurrido concede lo que no se reclamaba en los pedimentos E) y F) del suplico de su demanda; motivo que es obligado recoger por lo que respecta a la primera de las incongruencias indicadas, por ser cierto el hecho que le sirve de fundamento y manifiesto el exceso en que en ese extremo incurre la sentencia impugnada; en cambio, debe ser desestimado en cuanto se refiere a la segunda de las incongruencias alegadas, porque si bien aquellos pedimentos, de una parte, y el mencionado pronunciamiento, de la otra, difieren entre sí en las expresiones empleadas, ello no implica incongruencia cuando, cual aquí acontece, ese particular del fallo guarda el debido acatamiento a la esencia de lo solicitado en tales pedimentos, cabiendo añadir que del desarrollo en este punto del motivo, bien se advierte que en realidad lo que se está denunciando es que aquellas pretensiones de la demanda han sido sustituidas en el fallo por otra que la actora no formuló, lo que, en el supuesto de que así hubiere ocurrido, el defecto constituiría, en todo caso, una incongruencia mixta del número segundo del indicado artículo mil seiscientos noventa y dos vía procesal que no se utiliza en el recurso.

NULIDAD DE TESTAMENTO OLOGRAFO. LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1979).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, sin entrar en el fondo del asunto, aprecia la excepción por falta de litis consorcio pasivo necesario, estimando que, si bien no es necesario llamar a juicio a los legatarios cuando en el testamento hay institución de heredero, sí han de serlo al faltar dicha institución, como ocurre en el caso presente. Y, en consecuencia, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, anula la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete y confirma íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número dos de Murcia.

F. C. L.